

INDICE SOMMARIO

Introduzione.....	1
Capitolo I.....	6
1. Introduzione	6
2. L’art. 3 Cost. come pilastro democratico del nostro ordinamento.....	7
2.1. Introduzione al principio di uguaglianza.....	7
2.2. L’attuazione del principio di uguaglianza.....	12
2.3. L’art. 3 Cost. e contrasto all’omofobia	17
3. Le previsioni sovranazionali nel contrasto alle discriminazioni.....	18
3.1. L’art 14 CEDU – il principio di non discriminazione.....	18
3.1.1. La discriminazione diretta	20
3.1.2. La discriminazione indiretta	23
3.1.3. L’applicazione del principio di non discriminazione	26
3.2. Il Protocollo n. 12 della CEDU	27
3.3. L’art. 3 Cost. e l’art 14 CEDU a confronto con il principio di uguaglianza	28
3.4. Gli art. 20 e 21 della Carta di Nizza.....	29
4. Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, la legge Reale, Mancino e i crimini d’odio. Gli art. 604 bis c.p. e 604 ter c.p.	32
4.1. La Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale	32
4.2. La legge Mancino.....	33
4.3. Uno sguardo ai crimini d’odio – un approfondimento agli hate crimes basati sull’orientamento sessuale.....	35
4.3.1. Gli <i>hate speech</i>	39
4.3.2. Gli <i>hate crimes</i> in Italia: i dati del Ministero dell’Interno.....	41
4.4. Analisi dell’art. 604 bis c.p.	44
4.5. Analisi dell’art. 604 ter c.p.....	48
4.6. Riflessioni a margine della funzione del diritto penale nella repressione dell’omofobia	49
4.6.1. Introduzione storica al concetto di omofobia	49
4.6.2. Omofobia e legge penale: i principi a cui deve rifarsi il giurista nell’emanazione della legge sul contrasto dell’omotransfobia.....	53
4.6.3. La possibilità di intervento della legge penale nel contrasto all’omofobia	56
Capitolo II.....	63

1. I profili di criticità e di aderenza al DDL al sistema penale	63
1.1. La libertà di manifestazione del pensiero.....	64
1.2. L'art. 21 Cost.....	65
1.2.1. L'art. 21 Cost. e i suoi limiti.....	67
2. I reati di opinione	71
2.1. Introduzione ai reati di opinione e la questione dell'art. 21 Cost.	71
2.2. Le problematiche dei reati di opinione.....	74
2.2.1. L'indeterminatezza della norma penale e il reale contenuto offensivo della condotta incriminata	74
2.2.2. L'indeterminatezza dei reati di opinione	74
2.2.3. L'offensività della condotta incriminata.....	75
2.3. I reati di opinione e la libertà di espressione.....	75
2.3.1. Un'interpretazione costituzionalmente orientata.....	77
2.3.2. Riflessioni a margine delle possibilità di compressione dell'art. 21 Cost.....	78
2.3.3. La riforma dei reati di opinione	81
2.4. Le fattispecie previste dalla legge 85/2006	84
3. Opzioni di criminalizzazione in materia di omofobia e libertà di manifestazione del pensiero	87
4. Inquadramento della legge contro l'omotransfobia	88
4.1. Un confine molto sottile	88
4.2. Gli hate crimes omofobici. Omofobia e politica criminale.....	88
4.3. La tendenza europea.....	92
4.3.1. Le disposizioni adottate dagli altri Paesi per il contrasto all'omotransfobia	95
5. Opportunità dell'utilizzo dello strumento penale nella repressione delle condotte omotransfobiche.....	101
5.1. Introduzione alla problematica.....	101
5.2. Obblighi e divieti di incriminazione.....	104
5.3. La questione del principio di offensività.....	105
5.4. Il principio di materialità.....	107
5.5. Un diritto penale simbolico?	108
5.6. La funzione promozionale del diritto penale.....	110
5.7. Lo strumento penale al fine rieducativo	112
5.8. Considerazioni conclusive.....	113
Capitolo III	115

1. Introduzione	115
2. L'odio e l'evoluzione legislativa in Italia	116
2.1. La parola "odio"	116
2.2. La Legge Reale.....	118
2.3. La Legge Mancino	119
2.4. La legge 85/2006.....	120
2.4 Le proposte non approvate e il DDL Scalfarotto	122
3. Il Disegno di Legge Zan	125
3.1 La rilevanza giuridica dell'omofobia e la legge per contrastarla.....	125
3.2 L'obiettivo della legge	127
3.3 I dati in contrasto con il DDL Zan	127
4. Analisi del disegno di legge Zan.....	129
4.1 I lavori preparatori.....	129
5. Articolo 1. Le definizioni ex novo e le problematiche che ne derivano	131
6. Modifiche all'art. 604-bis c.p. e 604-ter c.p.	134
6.1 Articolo 2. Modifiche all'art. 604-bis c.p. Estensione dei motivi discriminatori di cui all'art. 604-bis c.p. a quelli fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.....	134
6.2. Propaganda e incitamento	137
6.3. Articolo 3. Modifiche all'art. 604-ter c.p. Estensione dei motivi di discriminazione di cui all'art. 604-ter c.p. ai motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità	138
6.4. Le condotte istigatorie di cui all'art. 414, 414-bis e 415 Codice penale e le condotte istigatorie previste dalla Legge Mancino. Il requisito della pubblicità. .	140
6.5. Il problema della "sufficiente determinatezza della norma penale" nel DDL Zan.....	143
7. Art 4. Pluralismo delle idee e libertà delle scelte.....	145
8. Art. 5. Modifiche al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122.....	147
9. Art. 6. Modifica dell'art. 90-quater del codice di procedura penale.....	153
9.1 Una tutela necessaria?	158
10. Art. 7. Istituzione della Giornata nazionale contro l'omotransfobia, la lesbofobia e la transfobia.....	159
11. Art. 8. Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 in materia di prevenzione e contrasto alle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.....	163

11.1 Le direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE e l'istituzione di organismi per la promozione della parità di trattamento.....	163
11.2 Art. 8.....	164
12. Art. 9. Modifica all'articolo 105-quater del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, in materia di centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.....	165
13. Art. 10. Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza	168
14. La copertura finanziaria	169
Conclusioni.....	171

INTRODUZIONE

Questa tesi nasce con lo scopo di illustrare il disegno di Legge Zan, le norme nazionali e sovranazionali che vengono poste a fondamento della proposta, e le questioni costituzionali e penalistiche da cui derivano i profili di criticità dello stesso.

Il disegno di legge ha come scopo principale l'estensione dei motivi discriminatori di cui all'art. 604-bis e 604-ter c.p. a quelli di omofobia, transfobia, misoginia e abilismo.

La proposta di legge in esame si colloca tra vari istituti che ne sostengono la promulgazione, ed altri che ne richiedono la correzione.

Per cominciare, questo elaborato si concentra sul dettato Costituzionale di cui all'art. 3, in base al quale viene sancito il principio di uguaglianza che costituisce un pilastro fondamentale di uno Stato di diritto.

L'art. 3 co.1 Cost. dichiara che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

È sulla base di ciò che si muove il legislatore, che si adopera nella costante ricerca di promulgare norme in grado di dare piena attuazione al principio in esame.

E, come lo stesso dettato costituzionale dichiara «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Gli omosessuali e i transessuali costituiscono una minoranza rispetto alla collettività ed è per questo che, secondo i sostenitori del disegno di legge, questi meritano una tutela rafforzata. Il DDL Zan costituirebbe, in linea con quanto affermato dall'art. 3 co.2 Cost., lo strumento mediante il quale rimuovere gli ostacoli e garantire il pieno sviluppo della persona umana.

Questo elaborato illustra, inoltre, le disposizioni sovranazionali che sanciscono i principi di uguaglianza e di non discriminazione, che risiedono nell'art. 14 CEDU, nel protocollo n. 12, nell'art. 20 e 21 della Carta di Nizza.

Queste si collocano alla base della disciplina nazionale in tema di contrasto alle discriminazioni fondate su motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La tesi si concentra nell'analizzare i crimini d'odio (denominati anche hate crimes) e i discorsi d'odio (hate speech) e affronta la disciplina nazionale nel contrasto alle discriminazioni, effettuando un iter ricostruttivo dell'evoluzione legislativa in materia, di cui, in questa sede, accenneremo brevemente.

A partire dal 1966, anno della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, nota anche come Convenzione di New York, in Italia iniziò un processo legislativo in tema di discriminazioni che sfociò nella legge 654/1975, nota anche come Legge Reale, volta alla ratifica della Convenzione in esame. Legge, questa, che sin da subito presentava delle criticità di non lieve entità.

Successivamente fu emanata la Legge Mancino, con lo scopo di attenuare le criticità della Legge Reale. La legge Mancino è intervenuta in attenuazione della disciplina sanzionatoria ed ha esteso i motivi di discriminazione anche a quelli di carattere religioso. Inoltre, la legge in esame, ha introdotto una circostanza aggravante non suscettibile a bilanciamento, nei confronti di chi commette un reato per finalità di discriminazione o odio ovvero di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che avessero tra i loro scopi le medesime finalità. Le fattispecie previste dalla Legge Mancino sono ad oggi presenti nel Codice penale all'art. 604-bis e 604-ter e sono state inserite dal d.lgs. del 1 marzo 2018 n. 21, provvedimento finalizzato ad attuare delle deleghe contenute nella riforma Orlando, dirette alla tendenziale attuazione del principio della riserva di codice.

L'elaborato si concentra ad affrontare anche le problematiche costituzionali e penalistiche in gioco e che si pongono in contrasto con l'approvazione del disegno di legge Zan. Queste sono diverse e di non trascurabile entità.

La prima tra tutte, su cui si concentra il dibattito pubblico e gran parte delle motivazioni degli oppositori, consiste nella limitazione a cui verrebbe sottoposto il diritto di libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

Costituisce, questo, un diritto costituzionale che rappresenta uno dei pilastri fondamentali di uno Stato democratico e che, sul dibattito sull'approvazione della legge contro l'omotransfobia, viene utilizzato come scriminante per giustificare quelle affermazioni lesive nei confronti delle vittime.

Il disegno di legge, inoltre, rischierebbe di introdurre un nuovo reato di opinione che, come viene analizzato nel secondo capitolo dell'elaborato, costituisce una tipologia di reati che possiede problematiche intrinseche, derivanti sia dalla scelta di incriminare determinate condotte, sia dalla modalità di incriminazione delle stesse.

In breve, i reati di opinione, come dal nome suggeritoci, incriminano quelle condotte che consistono nell'espressione di un determinato pensiero e di una propria opinione che non viene punita in quanto tale, bensì per le conseguenze dannose che questo comporta nella realtà. Dunque, affinché una determinata opinione possa essere incriminata rispetto ad opinioni ordinarie, deve possedere una forte capacità di offendere e di ledere l'altrui sfera di diritti.

La tesi si sofferma, inoltre, ad analizzare l'appropriatezza dello strumento penale al fine di reprimere le condotte di natura omotransfobica. Il quesito principale risiede sull'idoneità della pena a sradicare le avversioni irrazionali provate nei confronti degli omosessuali, e se l'utilizzo dello strumento penale sia proporzionato rispetto alla situazione nazionale che, da quanto emerso dai dati del Ministero dell'Interno, non sembrerebbero configurare una condizione emergenziale.

Il problema che si pone in riferimento all'approvazione della legge contro l'omotransfobia, inoltre, riguarda il fatto che si rischierebbe di introdurre un ulteriore diritto penale simbolico. Per questo si intende quel diritto che non risponde ad un'emergenza reale, bensì configura quel diritto che viene emanato al fine di assicurare i consociati. Come esaminato nell'elaborato, il diritto penale simbolico ha il vantaggio di assicurare le vittime dei reati che si incriminano poiché non più sprovvisti di una tutela e, agli occhi della collettività, attribuisce un valore al bene

giuridico tutelato e inevitabilmente, ne deriva una funzione deterrente. Allo stesso modo, però, l'“effetto collaterale” è la perdita di credibilità nei confronti del diritto penale stesso.

Il disegno di legge in esame, come più in generale la decisione di criminalizzare l'omofobia e la transfobia, pone delle problematiche e dei dubbi sul pieno rispetto del principio di offensività. E, come la tesi spiega, si tratta di un principio cardine e fondamentale dell'ordinamento penale, sulla base del quale viene sancito che possano essere punite le sole condotte che siano in grado di recare un'offesa ad un bene giuridico meritevole di protezione.

Strettamente collegato al principio di offensività è il principio di materialità, sancito dall'art. 25 co. 2 Cost., il quale consente di incriminare solo fatti materiali e comportamenti umani che si estrinsechino nel mondo esteriore, e di conseguenza suscettibili di percezione sensoria. La scelta di incriminare le condotte in quanto basate su “motivi omofobici”, rischierebbe di contrastare con il precetto costituzionale.

La tesi si sofferma, inoltre, ad analizzare la funzione promozionale del diritto penale. Per questo si intende quel diritto penale che anticipa una condizione sociale di emergenza reale. E ciò è il rischio che si pone col DDL Zan. Non esistendo una condizione sociale consolidata di rischio effettivo per le vittime degli hate crimes omofobici, il diritto penale rischia di anticipare tale momento e, essendo il diritto penale l'estrema ratio per l'ordinamento, non risulta essere coerente con la funzione dello stesso.

In ultimo, l'elaborato analizza articolo per articolo il disegno di legge, evidenziandone i punti più forti e quelli da cui derivano le critiche mosse.

Il terzo capitolo, inoltre, ha lo scopo di analizzare quelle che sono le lacune del disegno di legge e che renderebbero l'attuazione dello stesso di non trascurabile difficoltà. Tra questi, di certo, vi è la questione della copertura finanziaria in attuazione degli scopi a cui il disegno di legge è volto che, allo stato attuale della proposta, risulta essere inesistente.

È bene sottolineare come questa tesi non è volta a fornire delle risposte sul tema, bensì a valorizzare quelli che sono gli interessi in gioco e a sottolineare i vantaggi e gli svantaggi della legge su cui oggi verte l'attenzione del dibattito pubblico.

CAPITOLO I

LA LEGGE CONTRO L'OMOTRANSFOBIA TRA PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E LOTTA AI CRIMINI D'ODIO

1. Introduzione

Il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. è un pilastro di uno Stato di diritto, e come tale è di primaria importanza e spesso invocato dal legislatore al fine della promulgazione di leggi che garantiscono l'uguaglianza e la dignità dei cittadini. In particolare, al centro dell'attenzione pubblica vi è il Disegno di Legge Zan volto alla repressione di quelle condotte discriminatorie di connotazione omotransfobica. Alla base di questa proposta di legge vi è lo scopo di garantire pari dignità e uguaglianza dei cittadini, reprimendo le condotte che mettono a rischio i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione fornendo, inoltre, una tutela rafforzata a individui più vulnerabili.

Alla base del diritto positivo italiano nel contrasto alle discriminazioni vi è la Convenzione di New York, aperta alla firma degli Stati nel 1966, ma ratificata in Italia solo 9 anni più tardi con la legge 654/1975.

Il Testo Unico Zan mira a modificare gli art. 604-bis e 604-ter del Codice penale, aggiungendo alle fattispecie discriminatorie già previste e introdotte dalla Legge Mancino, quelle di natura omofobica, transfobica, la misoginia e l'abilismo.

A sostegno della promulgazione di una legge contro le discriminazioni di natura omotransfobica vi sono, inoltre, le previsioni comunitarie, in particolare gli art. 20 e 21 della Carta di Nizza e le disposizioni sancite dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come l'art. 14 e il protocollo n. 12.

In questa sede verranno trattate e analizzate le previsioni a sostegno del DDL Zan, che risiedono in via principale nel principio di non discriminazione e di uguaglianza dei cittadini.

2. L'art. 3 Cost. come pilastro democratico del nostro ordinamento

2.1. Introduzione al principio di uguaglianza

«Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»¹. Con questo precetto la nostra Carta costituzionale introduce nell'ordinamento giuridico italiano un principio democratico fondamentale: l'uguaglianza dei cittadini. Principio, questo, che non deve limitarsi ad una mera enunciazione, bensì deve essere applicato e garantito tramite continue evoluzioni normative per garantire ai cittadini, e in particolare alle minoranze, di avere pari opportunità e di essere considerati uguali dinanzi alla legge.

Il principio di uguaglianza ha un valore eccedente rispetto a qualsiasi altro. Questo, infatti, deve essere definito come “diritto oggettivo”, che dovrebbe ispirare l'interpretazione e l'attuazione di tutti e quattro i Titoli della Parte I della Costituzione.²

Analizzando l'art. 3 Cost. emergono degli aspetti meritevoli di attenzione.

L'uguaglianza sancita dall'articolo assume una doppia valenza: una di natura formale e una di natura sostanziale.

L'uguaglianza formale è sancita dal primo comma, il quale dichiara che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

L'uguaglianza formale, a sua volta, si sostanzia in due diversi principi: l'uguale forza della legge nei confronti di tutti, e la parità di trattamento che il contenuto della legge determina per i suoi destinatari.

L'aggettivo “formale” indica che questa accezione dell'uguaglianza assicura a tutti i cittadini di poter in astratto esercitare i diritti che la legge prevede.

¹ Cfr. Art. 3 Cost.

² DOGLIANI M., GIORGI C., *Art. 3 Costituzione Italiana*, Roma, 2017, pag. 9.

Sulla base dello scenario storico del secondo dopo guerra, i padri costituenti hanno sancito l'importanza dell'uguaglianza formale dei cittadini, a prescindere dai credi, orientamenti sessuali, lingua, opinioni politiche e sesso, sancendo e prevedendo il principio di uguaglianza quale principio fondante una nuova dimensione degli ordinamenti giuridici. Una decisione, questa, frutto di una presa di consapevolezza che la negazione del principio in esame sia stata la base delle tragiche esperienze precedenti.

È bene sottolineare come il principio di uguaglianza sia il più artificiale fra tutti. Gli uomini, infatti, nascono tutti diversi tra loro e solo una decisione politico-giuridica può renderli più uguali tra loro³. In natura gli uomini si ritrovano in uno stato di disuguaglianza: sani e malati; ricchi e poveri; intelligenti e incapaci di apprendere; forti e deboli; egoisti e generosi. Solo l'ordinamento giuridico può sancire l'uguaglianza, e questa si configura come l'ideale di giustizia che si esplica nell'abbattimento delle differenze naturali e sociali e come l'abbattimento di vincoli odiosi che impediscono a qualcuno di godere dei medesimi beni degli altri.

L'uguaglianza formale indica un'elencazione dei criteri rispetto ai quali viene affermato esplicitamente il divieto di distinzioni. Si tratta, evidentemente, di criteri che erano stati assunti, quali cause di discriminazioni, nel recente passato regime fascista, o che erano stati tramandati dai costumi sociali.

La formulazione di cui all'art. 3 co. 1 Cost. sembra contenere tre precetti: il primo sancisce la «pari dignità sociale»; il secondo prescrive l'uguaglianza davanti alla legge, e dunque l'uguale sottomissione di tutti alla legge, o l'uguale validità della legge per tutti; il terzo vieta che la legge possa introdurre distinzioni fondate sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche e sulle condizioni personali e sociali.

Nell'art. 3 Cost. comma 1 viene imposto un divieto nei confronti del legislatore di adottare trattamenti differenziati tra i cittadini⁴. Ovviamente intendere il principio di uguaglianza in senso assoluto sarebbe impossibile, poiché impossibile risulterebbe trattare tutti come uguali rispetto a tutto. Dunque la domanda che sorge è: uguaglianza tra chi e uguaglianza rispetto a cosa?

³ DOGLIANI M., GIORGI C., *Art. 3 Costituzione Italiana*, cit., pag. 13.

⁴ CARETTI P., DE SIERVO U., *Diritto costituzionale e pubblico*, seconda edizione, Torino, pag. 489.

L'art. 3 Cost. non può imporre di prevedere trattamenti uguali per situazioni diverse: è evidente come sottoporre a un medesimo trattamento cittadini che si trovano in situazioni diverse significherebbe produrre disuguaglianza. Trattare allo stesso modo, ad esempio, una donna incinta lavoratrice come un uomo, comporta un trattamento diverso e non rispetta la condizione della donna.

Il problema si sposta, dunque, sui criteri in base ai quali valutare la diversità o meno delle condizioni, e sul soggetto abilitato a compiere il giudizio comparativo: sulla base di quale criterio due situazioni possono essere considerate uguali oppure diverse? E da chi? Sembrerebbe che questo ruolo spetti al legislatore, e a tal proposito la Corte costituzionale, nella sentenza 28/1957, ha affermato che: «la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore» e non può essere rimessa al giudizio della Corte stessa. L'indagine consisterebbe, infatti, in una valutazione di natura politica, che non può essere esercitata dalla Corte.

È impensabile poter affermare che vi sia un divieto assoluto, generale, totale, inderogabile, di introdurre differenze di trattamento, e non è pensabile di porre l'assoluta discrezionalità in capo al legislatore sulla valutazione delle situazioni analoghe. Il problema si sposta, dunque, nell'individuare i criteri idonei a limitare e a guidare la competenza del legislatore.⁵ Si tratta di individuare i criteri idonei a selezionare le differenze accettabili in un particolare contesto storico-sociale.

Talune differenze hanno una base oggettiva (condizioni di salute, età, ecc.) per cui non si riscontra una particolare difficoltà, altre, invece, non posseggono una base oggettiva e, di conseguenza, sono create dalla legge sulla base di scelte discrezionali nel momento stesso in cui si creano le corrispondenti categorie: e in questo contesto il legislatore crea le differenze perché ha l'obiettivo politico di favorire o sfavorire alcune categorie. Il legislatore deve operare questa valutazione in maniera ragionevole, con la conseguenza che, nel caso di emanazione di una legge che sancisce differenze irragionevoli, ne deriva l'incostituzionalità della norma.

⁵ DOGLIANI M., GIORGI C., *Art. 3 Costituzione Italiana*, cit., pag. 56.

Bisognerà evitare qualsiasi tipo di discriminazioni illegittime poiché basate su valutazioni irrazionali. Il legislatore dovrà prevedere trattamenti analoghi per situazioni simili, e trattamenti differenziati per situazioni diverse⁶. Il principio non prevede infatti di trattare irragionevolmente in maniera paritaria ogni circostanza, bensì sarà necessario valutare se più condizioni siano tra loro assimilabili e di conseguenza sottoponibili ad un trattamento paritario o, altrimenti, differenziato. In particolare, si prevede che un trattamento egualitario verrà adottato nel caso in cui eguali sono le condizioni oggettive e soggettive a cui le norme da applicare si riferiscono. Il principio normativo sarà violato nel caso in cui a situazioni obiettivamente omogenee viene applicata una disciplina normativa diversa, determinando così una discriminazione arbitraria.

A tal proposito la Corte ha affermato, nella sentenza 15/1960 che «il principio è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in situazione eguale».

Il giudizio ex art. 3 Cost. avverrà su due momenti: il primo volto a verificare l'omogeneità delle situazioni, il secondo a verificare l'effettivo trattamento paritario. L'art. 3 Cost. sarà violato qualora situazioni identiche vengano trattate in maniera diversa.⁷

Con la sentenza n. 163 del 1993 la Corte Costituzionale affermò che: «il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al

⁶ C. COST., *Diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, relazione predisposta in occasione dell'incontro delle delegazioni della Corte Costituzionale e il Tribunale della Repubblica di Polonia*, Varsavia, 2006, pag. 16.

⁷ Cfr. sent. n. 340 del 2004.

principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono»⁸.

Anche a livello europeo il principio di uguaglianza ha assunto un rilievo centrale. La direttiva 2000/78/CE, attuata con il D.Lgs. 216/2003, reca disposizioni per l'attuazione del principio di parità di trattamento fra persone, indipendentemente dalla religione, convinzioni personali, dall'età, dagli handicap, e dall'orientamento sessuale in ambito lavorativo, affinché tali condizioni non possano formare oggetto di discriminazione e dunque una situazione di svantaggio diretta o indiretta⁹.

L'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost. comma 2 statuisce una funzione attiva da parte dello Stato a rimuovere gli ostacoli sul pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese. La funzione dello Stato e del legislatore è quella di adottare i provvedimenti utili per garantire l'uguaglianza tra individui di sesso, lingua, orientamento sessuale, religioni, opinioni politiche e sociali differenti.

L'uguaglianza sostanziale impone di intervenire sulle situazioni di fatto che impediscono l'effettiva disponibilità delle condizioni materiali che rendono il più credibile possibile l'affermazione di cui al primo comma.¹⁰ È, infatti, grazie a questo comma che è possibile dare piena attuazione al principio di uguaglianza. Solo mediante l'adozione di continue rinnovazioni legislative, conformi al periodo storico-sociale in cui si collocano, è possibile garantire l'attuazione concreta di cui al primo comma.

L'art. 3 Cost. costituisce non un punto di arrivo, bensì un «punto di partenza di una rivoluzione che si mette in cammino»¹¹.

In virtù dell'art. 3 co. 2 Cost., viene attribuito alla Costituzione un carattere programmatico, che contiene disposizioni tese a imprimere un cambiamento reale degli assetti esistenti. È questa una dinamica che contiene in sé «la prospettiva e il senso di un movimento dello sviluppo della società statale in certe direzioni

⁸ Cfr. Sent. n. 163 del 1993.

⁹ CARETTI P., DE SIERVO U., *Diritto Costituzionale e pubblico*, cit., pag. 490.

¹⁰ DOGLIANI M., GIORGI C., *Art. 3 Costituzione Italiana*, cit., pag. 14.

¹¹ *Ibidem*, pag. 105.

schematicamente previste dalla Costituzione». Questa è capace di fornire una figura essenziale di un modo di essere attuale dell'ordinamento, ma anche la figura essenziale di un modo di essere futuro dell'ordinamento medesimo.¹²

2.2. L'attuazione del principio di uguaglianza

Numerosi sono stati i provvedimenti da parte del legislatore e altrettante le pronunce della Corte costituzionale per l'attuazione dell'art. 3 Cost.: si pensi all'art. 29 c.c. in tema di rapporti tra i coniugi. Il Codice civile, infatti, prevede che i coniugi posseggano uguale dignità morale e giuridica, stabilendo però che tale uguaglianza possa essere mitigata dalla legge per interessi di unità familiare.

Anche in materia di affidamento dei figli minori, la disciplina si ispira al medesimo principio della parità morale e giuridica dei coniugi. La condizione della donna all'interno del matrimonio non ha nulla a che vedere con quella precedente. Il Codice civile, qualora possibile, infatti, prevede l'affidamento condiviso dei figli minori a tutela di specifici interessi, materiali e affettivi¹³.

L'uguaglianza tra i sessi trova applicazione anche in ambito lavorativo. L'art. 37 Cost. stabilisce che «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.

La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.

La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione».

L'art. 37 Cost. è un precetto fondamentale per garantire alle donne pari opportunità agli uomini. Alle lavoratrici deve essere riconosciuto uno stipendio non inferiore rispetto ai lavoratori e deve essere data loro la possibilità di poter progredire nella carriera dai livelli più bassi a quelli dirigenziali. A tal fine è stata costituita una apposita Commissione nazionale¹⁴ alla quale vengono affidati funzioni di studio e di indagine di questo problema e il potere di suggerire soluzioni al riguardo.

¹² CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 36.

¹³ Cfr. Legge 54/2006.

¹⁴ Cfr. Legge 164/1990.

Grazie alla funzione della Commissione, numerose sono state le leggi adottate al fine di garantire pari opportunità tra uomo e donna, si pensi al Codice delle pari opportunità. Questo introduce una serie di tutele giurisdizionali contro le forme di discriminazione diretta e indiretta, e introduce come discriminazione anche le molestie sessuali e ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, maternità o paternità.

L'art. 3 comma 2 Cost. prevede come ulteriore discriminazione quella in riferimento all'appartenenze ad una o ad un'altra razza. Tale divieto viene in rilievo soprattutto alla luce degli eventi storici dell'epoca fascista, in cui il legislatore emanò provvedimenti antisemiti e razziali. Con tale norma di rango costituzionale i padri costituenti hanno voluto introdurre una previsione che fosse idonea ad evitare il ripetersi della storia.

La Corte costituzionale si pronunciò in riferimento alle discriminazioni basate sulla razza e in particolare in riferimento alla comunità israelitica presente nel territorio. Nella sentenza n. 239 del 1984 è stato richiamato il divieto di distinzioni basate sulla razza ove la Corte ha giudicato palese il contrasto della norma che imponeva l'appartenenza alla Comunità israelitica di tutti gli israeliti residenti sul territorio «con il fondamentale principio sancito dall'art. 3 della Costituzione, che assevera l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, “senza distinzione”, fra l'altro, “di razza” e “di religione”. Nel denunciato art. 4, invece, assumono essenziale rilievo appunto le caratteristiche religiose ed etniche, che confluiscono nella qualificazione di “israelita”; si concreta così una disparità di trattamento tra i cittadini, che tale qualità, d'ordine etnico-religioso, rivestano, e che, a cagione di essa, sono automaticamente ascritti alla Comunità israelitica, divenendo così obbligatoriamente destinatari degli effetti che da tale appartenenza discendono anche nell'ordinamento statale, e tutti gli altri cittadini, cui la norma essa non si applica».

Meritevole di attenzione è l'approvazione della legge 205/1993, la quale consiste nel recepimento della direttiva 2000/43/CE in materia di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dalla origine etnica.

La tutela prevista nel decreto legislativo 205/1993 ha ad oggetto la parità di trattamento tra individui a prescindere dalla razza o dalla origine etnica, con la

previsione di misure volte a garantire che tali differenze non possano costituire oggetto di discriminazione, rilevando in tal senso sia quella diretta che quella indiretta.

L'art. 3 Cost. sancisce anche il divieto di discriminazione in ragione dell'utilizzazione di una lingua diversa da quella nazionale, ponendo un obbligo negativo in capo al legislatore, a cui si aggiunge all'art. 6 Cost. in base al quale viene affermato che «la Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche».

L'art. 6 Cost. rappresenta una un vero cambio di rotta rispetto al regime fascista, il quale aveva adottato politiche repressive sulle minoranze, anche linguistiche.

Durante l'epoca fascista, infatti, numerose furono le iniziative volte alla «italianizzazione» dei nomi e cognomi stranieri.

L'articolo in esame ha come destinatari principali gli enti territoriali, i quali sono chiamati a rispettare le minoranze linguistiche degli individui presenti nella penisola.

In tal senso la Corte costituzionale¹⁵ si pronunciò affermando che imporre il bilinguismo ad alcune categorie di dipendenti pubblici non rappresenta solo una tutela di una minoranza linguistica, ma esprime il riconoscimento di una situazione di fatto e del dovere di ogni cittadino, quale sia la sua madrelingua, di essere in grado di comunicare con tutti gli altri cittadini, quando è investito di funzioni pubbliche o è tenuto a prestare un servizio di pubblico interesse.

L'obiettivo dell'art. 3 Cost. è quello di sancire un obbligo positivo di tutela del patrimonio linguistico delle diverse comunità, in quanto rappresentativo di una identità culturale fondamentale.

A dimostrazione dell'impegno comunitario nel contrastare le discriminazioni basate sull'utilizzazione di lingue diverse da quella nazionale, il Consiglio d'Europa ha emanato una convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, la quale qualifica come «parte integrante della protezione internazionale dei diritti dell'uomo» e in quanto tale rientrante nell'ambito della cooperazione nazionale¹⁶. Tale convenzione è stata poi ratificata con la legge 302/1997.

¹⁵ Cfr. sent. Corte costituzionale n. 312 del 1983.

¹⁶ CARETTI P., DE SIERVO U., *Diritto Costituzionale e Pubblico*, cit., pag. 495.

Successivamente lo Stato in adempimento all'art. 3 Cost., ha emanato la legge 482/1999.

La legge in questione contiene norme in materia di «minoranze linguistiche storiche» e, dopo aver sancito che «l'italiano è la lingua ufficiale della Repubblica», la legge introduce una serie di strumenti volti a garantire e promuovere lo sviluppo del patrimonio culturale e linguistico delle minoranze¹⁷. Gli enti territoriali, riconosciute le minoranze sul proprio territorio, possono avvalersi di appositi contributi da parte dello Stato per promuovere iniziative volte alla conservazione del loro patrimonio culturale.

Un ulteriore divieto che sancisce l'art. 3 Cost. è quello inerente alle discriminazioni basate sulla religione. Tale previsione si sviluppa con l'art. 7 Cost.¹⁸, che determina i rapporti tra Stato e Chiesa, e l'art. 8 Cost.¹⁹, che disciplina i rapporti tra lo Stato e le altre confessioni religiose.

I rapporti tra lo Stato e la Chiesa sono disciplinati sulla base di uno strumento concordatario, strumento analogo a quello che regola i rapporti tra gli Stati sul piano internazionale. Mediante tale strumento viene riconosciuto alla Chiesa la sovranità e la diversità degli interessi che essa rappresenta.

Il rapporto tra lo Stato e le altre confessioni religiose, invece, è disciplinato mediante previa intesa fra le rappresentanze delle confessioni religiose e il Governo e il Parlamento.

¹⁷ Successivamente fu anche emanata la legge 38/2001 a tutela delle minoranze di lingua slovena in Friuli-Venezia Giulia e cui fa riferimento anche l'art. 3 dello Statuto della regione (legge cost. 1/1963).

¹⁸ L'art. 7 Cost. afferma che: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.

I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

¹⁹ L'art. 8 Cost. invece afferma che «Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze».

Ma è mediante l'art. 19 Cost. che si è arrivati ad una vera uguaglianza in tema di religioni. L'art. sancisce, infatti, il «diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale ed associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto». L'unico limite che viene posto a tale previsione è rappresentato dai riti che sono contrari al buon costume.

A sostegno dell'art 19 Cost. vi è l'art. 20 Cost.²⁰ il quale prevede come divieto quello di imporre speciali limitazioni o gravami fiscali per la costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività nei confronti di associazioni o istituzioni che abbiano carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto.

La Corte costituzionale definisce l'insieme di questi principi come «principio di laicità», inteso come quell'insieme di precetti che impongono allo Stato l'obbligo di creare le condizioni per cui tali principi trovino una concreta attuazione.

In nome del principio di laicità sono state rimosse dall'ordinamento delle tutele specifiche precostituzionali che assicuravano alla Chiesa determinate forme di tutela.

L'art. 3 Cost. introduce come ulteriore tipologia di discriminazione, e di conseguente divieto, quello relativo alle diverse condizioni personali e sociali. Tale previsione costituzionale è volta alla tutela dei «soggetti deboli», tali sono per esempio i disabili.

La norma Costituzionale mira a reprimere quelle condotte illegittime poste in essere da soggetti pubblici o privati che possano ledere la dignità e l'onore dei singoli.

Di particolare interesse è la legge 67/2006 la quale conferisce a soggetti affetti da disabilità, una particolare tutela giurisdizionale al fine di contrastare comportamenti discriminatori. È previsto, infatti, che in caso di condanna del responsabile, l'individuo affetto da disabilità può richiedere il risarcimento morale e materiale, nonché la cessazione dei comportamenti discriminatori.

Come ultimo divieto di discriminazione, invece, l'art. 3 Cost. prevede quello in ragione delle proprie opinioni politiche. Tale previsione si sviluppa con alcuni articoli costituzionali di particolare rilevanza: l'art. 21. Cost. in tema di libertà di

²⁰ L'art. 20 Cost. dispone che: «Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività».

manifestazione del pensiero, l'art. 22 Cost. relativo alla segretezza del voto, l'art. 48 Cost. in ordine alla segretezza del voto, l'art. 49 Cost. relativo alla libertà di associazione politica.

2.3. L'art. 3 Cost. e contrasto all'omofobia

Lo scopo di questo elaborato è quello di analizzare la possibilità dell'intervento statale e, in questo caso, più precisamente, quello penale, nel contrasto alle condotte omotransfobiche.

L'art. 3 della Costituzione, come analizzato, oltre a sancire l'uguaglianza dei cittadini, dichiara che «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Con tale previsione costituzionale, i padri costituenti hanno attribuito un ruolo al legislatore di emanare norme che garantiscano e attuino a pieno il principio di uguaglianza. È su tale base che si fonda il disegno di legge Zan, il quale, come analizzeremo in seguito, ha come scopo l'estensione dei motivi di discriminazione di cui all'art. 604-bis, a quelli di omofobia, transfobia, misoginia e abilismo. Secondo i sostenitori del disegno di legge, l'approvazione della norma è necessaria al fine di fornire una tutela maggiore nei confronti delle vittime di discriminazioni omotransfobiche, in quanto individui più deboli e vulnerabili. A tal proposito, però, «appare più coerente rispetto ad un'accezione forte del principio di eguaglianza davanti alla legge l'opzione per modelli di tutela che evitino, ove possibile, di creare discriminazioni giuridiche tra categorie di soggetti, preferendo invece modelli che implicino piuttosto una speciale protezione per determinati beni giuridici, riferibili a ciascuna persona, ritenuti particolarmente sensibili e meritevoli di tutela: nel caso in oggetto, il bene della libertà di espressione della propria identità sessuale. Del resto, la compatibilità con il principio di eguaglianza formale davanti alla legge di forme di tutela rafforzata di determinati beni della vita reputati particolarmente sensibili e intimamente connessi con la sfera costitutiva dell'identità individuale, quando non si traduca in una discriminazione tra categorie di persone in relazione alle specifiche personali declinazioni di tali beni della vita, appare riconosciuta

anche dal Giudice costituzionale: così, esemplificativamente, in relazione alla tutela penale del sentimento religioso, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha, come noto, chiarito che una tutela penale differenziata che contempra un reato di bestemmia soltanto in relazione a una specifica confessione religiosa, quando anche risulti quella verso cui, da un punto di vista storico e quantitativo, più diffusamente le espressioni offensive siano rivolte, risulterebbe lesiva del principio di eguaglianza davanti alla legge. Mentre tale lesione non si determinerebbe nel caso di una speciale protezione del sentimento religioso in quanto tale, a prescindere dalla specifica religione professata: ad essere viziata da illegittimità, secondo la Consulta, risulta dunque quella normativa che “differenzia la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata”. Se è consentito, si provi a sostituire, nell’enunciato riportato, l’espressione “sentimento religioso” con “identità sessuale” e l’espressione “fede professata” con “orientamento sessuale e identità di genere”, e se ne potranno trarre quelli che, pur essendo solo suggestioni, possono forse risultare elementi utili a chiarire il senso non solo nominalistico delle riflessioni qui condotte»²¹.

3. Le previsioni sovranazionali nel contrasto alle discriminazioni

3.1. L’art 14 CEDU – il principio di non discriminazione

Il contributo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si è rivelato di spiccata utilità. Al principio di «uguaglianza» dell’ordinamento italiano sancito dall’art. 3 Cost., corrisponde l’art. 14 CEDU in cui viene sancito il principio di «non discriminazione».

La Convenzione della salvaguardia dei diritti dell’uomo sancisce nell’art. 14 che: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

²¹ Così IMARISIO L., *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 28.

Per discriminazione viene inteso quel trattamento differenziato nei confronti di più individui, senza una giustificazione oggettiva e ragionevole, che si trovino in un campo comparabile²².

La violazione di tale articolo non è sempre configurabile nel caso in cui vi sia un trattamento differenziato tra individui. La discriminazione, infatti, si verificherà nel caso in cui persone in situazione comparabili ed oggettivamente e soggettivamente analoghe vengano trattate in maniera diversa. Ciò è previsto nel caso di un trattamento preferenziale di uno rispetto ad un altro.

L'art. 14 CEDU sembrerebbe non possedere un'autonomia rispetto agli altri articoli della Convenzione in esame e i relativi Protocolli. L'articolo, infatti, afferma di garantire i diritti e le libertà previste della Convenzione, prevedendo come violazione dell'articolo qualsiasi forma di discriminazione che fungerebbe da ostacolo al pieno godimento di tali libertà e diritti.

Tale dipendenza dell'art. 14 ai diritti sanciti nella Convenzione e nei suoi Protocolli addizionali, non sembrerebbe configurare la realtà della portata della norma. È previsto, infatti, che pur esistendo una lista di violazioni dell'art. 14 CEDU, questa non sembrerebbe essere esaustiva. La Corte si è espressa affermando che l'art. 14 risulterà violato qualora venga realizzata una condotta discriminatoria che comporti una compressione del pieno godimento di diritti e di libertà che trovino fondamento giuridico in una delle norme della Convenzione²³.

In tal senso si è anche espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in numerosi casi sottoposti al suo giudizio. Nella sentenza *Kosteski c. l'ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia* del 13 aprile 2006, ad esempio, la Corte ha affermato quanto segue: «*Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It may be applied in an autonomous manner as a breach of Article 14 does not presuppose a breach of those other provisions although, since it has no independent existence, it can only come into*

²² Cfr. sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Cusan e Fazio c. Italia*, 07.01.2014, paragrafo 58, in www.unionedirittumani.it.

²³ DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in www.forumcostituzionale.it, pag. 2.

play where the alleged discrimination falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions»²⁴.

La Corte ha inoltre evidenziato quali sono le condotte che uno Stato deve adottare al fine di non violare il principio di non discriminazione. È infatti previsto che nei confronti di individui appartenenti ad una minoranza, e dunque in una situazione di originario svantaggio, gli Stati membri della CEDU debbano eseguire delle condotte positive. Si pensi ad esempio alle quote rosa nel contrasto alle discriminazioni in ambito lavorativo nei confronti del sesso femminile. Queste, infatti, rappresentano quel limite minimo di posti riservati alle donne nell'organico di strutture pubbliche o private.

Il ruolo della Corte di Strasburgo assume una funzione rilevante al fine di valutare se le azioni positive poste in essere siano di tipo discriminatorio o, diversamente, se risulteranno essere necessarie per la tutela degli individui che si trovano in una situazione di oggettivo svantaggio e di conseguenza caratterizzate da un fine legittimo.

3.1.1. La discriminazione diretta

La tutela che viene offerta dall'art. 14 CEDU copre sia le discriminazioni dirette che quelle indirette. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembrerebbe prestare sempre maggiore attenzione nei confronti di circostanze di discriminazione indiretta.

La discriminazione diretta è definita in modo analogo sia nella CEDU sia nel diritto dell'UE. Secondo il diritto dell'UE, l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva dell'UE sull'uguaglianza razziale stabilisce che «sussiste discriminazione diretta quando,

²⁴ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Kosteski c. Ex-Repubblica Iugoslava di Macedonia*, caso n. 55170/00, sentenza del 13.04.2006, par. 44. La stessa interpretazione è stata fornita in altri casi in cui il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 14, come in *Van der Musselle c. Belgio*, sentenza del 23.11.1983, in Serie A, n. 70, par. 43; *Tysiac c. Polonia*, caso n. 5410/03, sentenza del 20.03.2007; *E.B. c. Francia*, caso n. 43546/2002, sentenza del 22 gennaio 2008, cfr. infra; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28.05.1985, in Serie A, n. 94, par. 71; *Inze c. Austria*, sentenza del 28.10.1987, in Serie A, n. 126, par. 36; *Karlheinz Schmidt c. Germania*, sentenza del 18.07.1994, in Serie A, n. 291-B, par. 22; *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27.03.1998, par. 22; *Haas c. Paesi Bassi*, caso n. 36983/97, sentenza del 13 gennaio 2004, par. 41.

a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. La formulazione usata dalla CEDU è che deve sussistere una «differenza nel trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni analoghe o significativamente simili, basata su una caratteristica identificabile»²⁵.

Al centro della discriminazione diretta sembrerebbe esserci un trattamento sfavorevole di un soggetto in favore ad un altro. Tale situazione è facilmente individuabile rispetto a quella indiretta per la quale sono spesso necessari dati statistici. Nella discriminazione diretta sarà necessario, invece, riscontrare un trattamento diverso nei confronti di soggetti in situazioni analoghe. Ciò avviene quando una persona è trattata in modo meno favorevole sulla base di motivi di discriminazione contemplate nell'art. 14 CEDU.

Sempre in riferimento alla discriminazione diretta, affinché si possa constatare la presenza di una discriminazione è necessario effettuare un confronto con un soggetto in una situazione analoga. Se una persona ha subito un trattamento meno favorevole, sarà necessario individuare un "termine di confronto", che si riconosce in un soggetto in circostanze materialmente analoghe e che si distingue dalla vittima della discriminazione per il fatto oggetto della discriminazione stessa.

La CGUE in vari casi si è pronunciata sulla possibilità di comparare due gruppi.

Un caso meritevole di attenzione riguarda la causa P c. S e Cornwall County Council²⁶ in cui la ricorrente si era sottoposta ad una serie di interventi e trattamenti per cambiare il proprio sesso, da quello maschile a quello femminile, e per questo licenziata dal suo datore di lavoro. Sulla questione del termine di confronto, la CGUE ha affermato che «così, una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione».

²⁵ Cedu, Biao c. Danimarca [GC], n. 38590/10, 24.05.2016, punto 89; cfr. anche Cedu, Carson e a. c. Regno Unito [GC], n. 42184/05, 16.03.2010; punto 61; Cedu, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC], n. 57325/00, 13.11.2007, punto 175; Cedu, Burden c. Regno Unito [GC], n. 13378/05, 29.04.2008, punto 60.

²⁶ Cfr. CGUE, C-13/94, P c. S e Cornwall County Council, 30.04.1996.

Un ulteriore esempio interessante riguarda la causa *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente Maritime e des Deux-Sèvres* che riguarda i benefici derivanti dal matrimonio per i partner del medesimo sesso. Al momento della controversia, in Francia non era consentito il matrimonio tra coppie omosessuali, tuttavia esisteva l'unione civile registrata sia per le coppie eterosessuali che omosessuali. Il ricorrente era impiegato in una banca che riservava particolari benefici ai dipendenti in occasione del loro matrimonio. Il ricorrente aveva fatto richiesta di poter ricevere tali bonifici dopo aver contratto un'unione civile registrata tra persone dello stesso sesso, incontrando però il rifiuto della banca. La CGUE doveva determinare se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La CGUE ha riaffermato che sebbene le situazioni non debbano essere identiche, ma soltanto comparabili, l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in riferimento alla prestazione di cui trattasi. La CGUE ha statuito che le persone dello stesso sesso che non si possono sposare e contraggono quindi un'unione civile siano in una posizione analoga a quella delle coppie sposate. La CGUE ha spiegato che sebbene la disparità di trattamento sia fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale. I dipendenti omosessuali erano impossibilitati a sposarsi e quindi a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati²⁷.

Ai sensi della normativa europea è inoltre necessario verificare, ai fini della configurabilità della fattispecie discriminatoria, la presenza del nesso di causalità tra il trattamento differenziato che viene subito e una delle condizioni elencate e previste dall'art. 14 CEDU. In altre parole, bisogna chiedersi se fosse stato applicato lo stesso trattamento a un soggetto che non si fosse trovato in uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione. Qualora la risposta sia affermativa, si è chiaramente in presenza di una discriminazione.²⁸ È necessario a tal fine valutare se il

²⁷ CGUE, C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime e des Deux-Sèvres*, 12.12.2013.

²⁸ AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2018, pag. 52.

trattamento meno favorevole sia dovuto da un motivo non separabile dal particolare fattore oggetto di doglianza.²⁹

3.1.2. La discriminazione indiretta

L'art. 14 CEDU nel sancire il principio di non discriminazione, si riferisce anche alle discriminazioni così dette indirette. Tali sono quelle discriminazioni non evidenti, ma che si verificano nel caso in cui una disposizione, criterio o prassi, apparentemente neutra arrechi dei trattamenti ingiustificatamente differenziati tra persone che condividono le medesime caratteristiche. A tal proposito sarà necessario dimostrare che un gruppo sia sfavorito rispetto ad un altro di confronto. La discriminazione indiretta si caratterizza non tanto per la disposizione che formalmente risulta essere neutra, piuttosto per gli effetti che essa produce.

È previsto infatti che non si tratti di discriminazione solo nel caso in cui un individuo che si trovi nella medesima condizione di un altro venga trattato illegittimamente in maniera diversa, ma anche nel caso in cui un individuo riceva un trattamento analogo alla maggioranza, qualora questo trattamento non rispetti le condizioni e le peculiarità del soggetto.

In altre parole, la discriminazione indiretta si ha quando un individuo, che si trova in condizioni diverse rispetto ad altri, venga sottoposto alle medesime regole della maggioranza, subendo così una condizione sfavorevole. Questo comporterebbe una

²⁹ Cfr. CGUE, C-423/04, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, 27.04.2006. Nel caso in esame la ricorrente si era sottoposta a un intervento chirurgico di cambiamento di sesso e chiedeva di poter percepire la pensione di anzianità a partire dal compimento del sessantesimo anno, l'età in cui le donne maturano il diritto alla pensione nel Regno Unito. All'epoca, la ricorrente non era riuscita a ottenere il riconoscimento del nuovo sesso ai fini della legislazione in materia di pensioni. Il governo rifiutava di concederle la pensione, sostenendo che la ricorrente non aveva subito un trattamento sfavorevole rispetto alle persone nella sua stessa situazione. Il governo riteneva che la ricorrente dovesse essere considerata «di sesso maschile» ai fini della normativa sulle pensioni. La CGUE ha osservato che la mancanza delle pertinenti norme del diritto nazionale impedivano alla reclamante di soddisfare le condizioni della disciplina pensionistica. La CGUE ha constatato che una persona che si è sottoposta a un intervento chirurgico di cambiamento di sesso ai sensi del diritto nazionale non può vedersi negata la pensione a cui avrebbe avuto diritto se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale.

non curanza delle condizioni soggettive delle persone e quindi comportare indirettamente una condizione di forte svantaggio.

Secondo l'art. 2 par 2. lettera b) della direttiva sull'uguaglianza formale viene affermato che «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»³⁰.

Tale definizione è anche stata accolta dalla CEDU in numerose sentenze in cui ha affermato che «una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»³¹.

Gli elementi costitutivi di una discriminazione indiretta sono innanzitutto la presenza di una disposizione apparentemente neutra e uno svantaggio, derivante da quest'ultima, subita dai un gruppo di individui "protetti".

Una disposizione apparentemente neutra è tale quando è applicabile a tutti, senza distinzione alcuna o discriminazione esplicita. La disposizione non è di per sé discriminatoria, ma i suoi effetti si esplicano in uno svantaggio rilevante nei confronti di un gruppo di "persone protette".

Infatti, il secondo elemento di identificazione della discriminazione indiretta è lo svantaggio subito dal gruppo protetto. In questo si distingue la discriminazione diretta da quella in esame. Nella discriminazione indiretta l'attenzione viene focalizzata non tanto sulla disposizione in sé, bensì sui suoi effetti pregiudizievoli. È spesso necessario far uso di dati statistici per verificare la presenza di tale svantaggio subito da gruppi protetti rispetto ad altri che si trovino in situazioni analoghe.

³⁰ Cfr. in tal senso: direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, paragrafo 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, paragrafo 1, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera b).

³¹ Cedu, Biao c. Danimarca [GC], n. 38590/10, 24.05.2016, punto 103; Cedu, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC], n. 57325/00, 13.11.2007, punto 184.

Un esempio rilevante riguarda una causa davanti ai tribunali tedeschi: una donna ha fatto domanda di addestramento come pilota presso la Lufthansa. Sebbene avesse superato tutti gli esami, non è stata ammessa perché la sua statura era inferiore al criterio di altezza minima di 1,65 m richiesto per i piloti. La ricorrente lamentava una discriminazione indiretta, asserendo che poiché il 44,3 % delle donne e solo il 2,8% degli uomini aveva una statura inferiore a 1,65 m, tale requisito arrecava svantaggi specificatamente alle donne. La causa si è conclusa con una amichevole composizione. Lufthansa ha accettato di pagare un'indennità per la disparità di trattamento.³²

Analogamente a quanto avviene per la discriminazione diretta, anche in quella indiretta è necessario effettuare un confronto con un "termine di confronto" sulla base del quale stabilire se la disposizione, criterio o prassi, arrechi danno ad uno rispetto all'altro. Ovviamente, tale presupposto, richiede l'esistenza di due gruppi: quello sfavorito e quello favorito.

Nonostante nella maggior parte dei casi di discriminazione indiretta ci troviamo dinanzi ad uno svantaggio di un gruppo "protetto", non è detto che questa avvenga in tutte le ipotesi in questione.

In tale categoria di discriminazione assumono un ruolo di particolare rilievo i dati statistici. Questi sono lo strumento mediante il quale viene confermata o meno la presunzione della configurabilità di discriminazione indiretta.

Qualora tramite l'analisi dei dati risulterà il pregiudizio sproporzionato di un gruppo rispetto ad un altro, sarà onere dello Stato giustificare tale situazione anomala e darne una spiegazione convincente.³³

Sembrerebbe che i giudici non abbiano definito i limiti e le caratteristiche specifiche dei dati affinché questi possano dimostrare l'esistenza di una discriminazione, anche se la CGUE ha chiarito che sia necessario raggiungere una cifra significativa. In presenza di dati statistici da valutare, i giudici dovranno verificare che non si tratti di una casualità e che non si tratti di sviluppi nel breve termine.

³² Germania, Tribunale federale del lavoro, 8 AZR 638/14, 18.2016.

³³ AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2018, pag. 266.

Non sempre, però, sarà necessario utilizzare i dati statistici al fine di verificare la presenza della discriminazione indiretta, essendo sufficiente, in alcuni casi, la disponibilità di dati affidabili che sostengano l'analisi.

Le circostanze del caso determineranno se sia o meno necessaria l'allegazione dei dati statistici. In particolare, è previsto che la prova delle prassi o delle convinzioni degli appartenenti a una stessa categoria protetta sembra essere sufficiente.

3.1.3. L'applicazione del principio di non discriminazione

Al fine di garantire l'applicazione e il rispetto dell'art. 14 CEDU è previsto che nei confronti dell'autore della discriminazione sono esperibili procedimenti civili, in cui la vittima potrà ricevere un indennizzo a seguito dell'accertamento della fattispecie, amministrativi e penali, il cui scopo è quello di sanzionare penalmente gli autori della discriminazione. Nei confronti del condannato dovranno essere applicate misure proporzionate, effettive e persuasive.

Le direttive emanate dall'Unione Europea in tema di discriminazione impongono agli Stati membri di adottare misure amministrative, civili e penali al fine di reprimere e dissuadere dalla commissione di atti discriminatori stessi. La CGUE ha più volte sottolineato come fosse necessario applicare delle sanzioni efficaci al fine di dissuadere dalla commissione di atti discriminatori. Tali sanzioni dovranno necessariamente essere, sì severe, ma soprattutto proporzionate alla gravità delle violazioni. Le disposizioni comunitarie in tema non prevede la previsione di specifiche sanzioni da imporre agli Stati membri, bensì lascia loro la libertà di determinare quella più corretta, purché rispettino il principio di proporzionalità.

Le sanzioni dovranno essere dissuasive, proporzionate ed efficaci anche qualora non sia identificabile una vittima nel caso concreto.

Talvolta è possibile che la misura più adeguata da applicare sia di tipo penale.

È inoltre previsto che in caso di mancata esecuzione di una sentenza emanata dai giudici nazionali in tema di discriminazione, e dunque di violazione dell'art. 14 CEDU, si possa configurare una violazione della CEDU stessa.

Allo stesso modo nel caso di mancata applicazione di una sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in cui si riscontra una violazione della Convenzione, si configura un'ulteriore violazione della CEDU.

3.2. Il Protocollo n. 12 della CEDU

Nonostante la Corte abbia fornito, ai casi in esame, interpretazioni estensive dell'art. 14 CEDU, resta evidente il limite che caratterizza l'articolo stesso. La tutela che viene fornita dalla CEDU in alcuni casi risulta particolarmente carente.

Sulla base di questa premessa, il Consiglio d'Europa ha elaborato il Protocollo n. 12 al fine di rafforzare quanto previsto dalla CEDU.

Nella formulazione del Protocollo, il Consiglio d'Europa decise di non aggiungere ulteriori categorie rispetto a quelle già previste dall'art 14 CEDU poiché si rischiava che venisse poi interpretata scorrettamente.³⁴ Il Protocollo, infatti, sancisce un obbligo generale ed assoluto di non discriminazione.

Al suo art. 1 viene sancito che «1. il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1».

L'articolo non introduce ulteriori fattispecie discriminatorie, lasciando quelle già sancite nell'art. 14 CEDU, con la differenza della statuizione di un obbligo generale di non discriminazione alcuna. Si è pensato che se fosse stato ampliato il *discrimination ground* si sarebbe potuto pensare che l'obbligo di non discriminazione fosse rivolto solo alle specifiche fattispecie previste dal Protocollo e dall'art. 14 CEDU³⁵.

L'art. 1 del Protocollo, in questo modo, si pone l'obiettivo di ampliare l'applicazione del principio al godimento di qualsiasi diritto riconosciuto dagli Stati contraenti la CEDU.

Le disposizioni contenute nell'art. 1 CEDU non intendono creare un obbligo positivo in capo agli Stati, bensì un obbligo negativo di non discriminazione.

³⁴ DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, cit., pag. 5.

³⁵ Ibidem.

Se, però, nella legislazione degli Stati risulti essere presente una lacuna che renda gli individui o dei gruppi particolarmente vulnerabili a trattamenti discriminatori, è possibile far valere sugli Stati contraenti, il dovere di emanazione di provvedimenti volti a tutelarli³⁶.

3.3. L'art. 3 Cost. e l'art 14 CEDU a confronto con il principio di uguaglianza

Come già anticipato, all'art. 3 Cost. del nostro ordinamento, corrisponde l'art. 14 CEDU a livello comunitario.

L'art. 3 Cost. sancisce l'uguaglianza dei cittadini stabilendo un divieto di discriminazione in base alla razza, al sesso, alla religione, alle opinioni politiche, all'orientamento sessuale e alle condizioni sociali.

L'art. 14 CEDU sancisce, invece, un obbligo di non discriminazione.

La Corte costituzionale ha più volte affermato che affinché si possa configurare una violazione del dettato costituzionale è necessario che si tratti di «situazioni sostanzialmente identiche»³⁷, di «fattispecie, pur diverse, ma ragionevolmente analoghe»³⁸, «situazioni omogenee»³⁹ e quindi «comparabili e assimilabili»^{40 41}.

³⁶ In modo simile si era comunque espressa la Corte nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*, sentenza del 26 marzo 1985, in Serie A, n. 91, parr. 23, 24, 27, 30.

³⁷ Sentenze n. 155 del 2014; n. 108 del 2006; n. 340 del 2004, nella quale la Corte ha affermato che «la violazione dell'art. 3 della Costituzione quando situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre non si manifesta tale contrasto quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non sostanzialmente identiche, essendo insindacabile in tali casi la discrezionalità del legislatore».

³⁸ Sentenze n. 162 del 2014; n. 1009 del 1988.

³⁹ Sentenze n. 146 del 2008; n. 409 del 1998.

⁴⁰ Cfr. sentenze n. 215 del 2014; n. 155 del 2014, nella quale la Corte ha affermato che «la violazione del principio di uguaglianza sussiste qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili»; sentenza n. 18 del 1989.

⁴¹ PUTATURO DONATI M. G., *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in www.europeanrights.eu, pag. 12-13.

Un «trattamento discriminatorio» si configura ai sensi dell'art 14 CEDU, invece, nel momento in cui vengano in rilievo situazioni «simili», «assimilabili» ovvero «analoghe»⁴².

Secondo l'orientamento della Corte costituzionale, il trattamento si configura come «discriminatorio» quando la disciplina differente sia «ingiustificata»⁴³, «formalmente contraddittoria»⁴⁴ ovvero «irrazionale, secondo le regole del discorso pratico»⁴⁵.

Ad avviso della Corte Edu, una distinzione di disciplina si configura come «discriminatoria» quando manchi di «una giustificazione oggettiva e ragionevole», quando «non persegua un fine legittimo» ovvero qualora, comunque, non si ravvisi «un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito»⁴⁶.

La Corte Edu ritiene in casi eccezionali siano giustificati trattamenti differenziati. Si parla in questo caso di «cause giustificative molto gravi»⁴⁷ o di «considerazioni fortissime»⁴⁸.

3.4. Gli art. 20 e 21 della Carta di Nizza

Anche a livello comunitario sono stati adottati provvedimenti volti alla garanzia del principio di non discriminazione, che però in tale ambito assume una portata più generale che si configura nel più ampio principio di uguaglianza dei cittadini. L'art. 20 della Carta di Nizza sancisce infatti che «Tutte le persone sono uguali davanti

⁴² Ex plurimis, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia.

⁴³ Sentenze n. 155 del 2014; n. 108 del 2006; n. 340 e n. 136 del 2004.

⁴⁴ Cfr. sentenze Corte costituzionale n. 162 del 09.04.2014; n. 1009 del 1988.

⁴⁵ Cfr. sentenze n. 162 09.04.2014; n. 1009 del 1988.

⁴⁶ Cfr. sentenze Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Cusan e Fazzo contro Italia, paragrafo 59; Niedzwiecki contro Germania, 25.10.2005; Cor Petrovic contro Austria, paragrafo 30, 27.03.1998; Mazurek contro Francia, paragrafi 46 e 48, 1.02.2000.

⁴⁷ Ex multis, Corte EDU, Fabris contro Francia, Grande Camera del 7.02.2013; Inze contro Austria, Grande Camera del 28.10.1987; Camp et Bourimi contro Paesi Bassi, 3.10.2000.

⁴⁸ Ex multis, Cusan e Fazzo contro Italia, 7.01.2014.

alla legge». Tale principio è stato dichiarato in numerose della Corte di Giustizia uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea.⁴⁹

La Corte di Giustizia sembrerebbe essere in linea con quanto affermato dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo. La prima, infatti, ha dichiarato che «il divieto di discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che un tale trattamento non sia oggettivamente giustificato»⁵⁰.

Nel caso in cui si dovessero riscontrare trattamenti diversi, e quindi potenzialmente discriminatori, tra individui in condizioni analoghe, è prevista l'attivazione della Corte Europea di Giustizia per valutare se i trattamenti differenti siano giustificati e che quindi non integrino la fattispecie discriminatoria. Il controllo riguarderà le giustificazioni presentate dallo Stato Membro.

A differenza di quanto avviene nella Corte Europea dei diritti dell'Uomo, la Corte di Giustizia afferma che non rilevano le intenzioni dello Stato membro, bensì è necessario individuare quei criteri oggettivi che dimostrano o meno la presenza di previsioni discriminatorie. Non rilevano infatti gli aspetti soggettivi circa la volontà o l'intenzione dello Stato: contano gli aspetti sfavorevoli che eventuali misure nazionali possano procurare.

La Carta di Nizza, all'art. 21 cita molti più fattori di discriminazione rispetto a quanti previsti dalla CEDU. L'articolo afferma che «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»⁵¹.

⁴⁹ Corte Europea di Giustizia, Racke, sentenza del 13.11.1984, causa 283/83, in Raccolta 1984, p. 3791; EARL, sentenza del 17 aprile 1997, causa C-15/95, in Raccolta 1997, p. I-1961; Karlsson, sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, in Raccolta 2000, p. 2737.

⁵⁰ Corte Europea di Giustizia, Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH c. Ministero delle Finanze, sentenza del 15.03.2007, causa n. C-35/05, par. 44.

⁵¹ È evidente come l'art. 21 della carta di Nizza abbia una portata più ampia rispetto all'art. 14 Cedu in quanto prevede più fattispecie di discriminazione.

L'art 21 della Carta di Nizza non conferisce alcuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione nei settori di intervento degli Stati Membri o nei rapporti fra privati. Né sancisce alcun divieto assoluto di non discriminazione in settori così ampi. Essa tratta soltanto ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati Membri soltanto quando danno attuazione ai diritti dell'Unione.⁵² La garanzia di non discriminazione riguarderebbe quindi il momento dell'azione degli Stati Membri nell'attuare quanto previsto dalle normative dell'Unione Europea.

Tale interpretazione dell'art. 21 della Carta di Nizza risulta essere frutto di una conformazione all'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Secondo tale articolo il Consiglio può adottare provvedimenti che sono utili a combattere discriminazioni basate su sesso, razza, religioni, disabilità e orientamento sessuale. La Carta di Nizza, infatti, non amplia le competenze del Consiglio sulla base dell'art. 19. Piuttosto, presentando una lista più ampia, ha come obiettivo quello di sollecitare le istituzioni europee alla lotta contro le discriminazioni.⁵³ La tutela offerta in ambito comunitario risulta ben più articolata e soddisfacente rispetto a quella offerta dalla CEDU e i relativi Protocolli addizionali. Si prevede che nella misura in cui l'art. 21 della Carta di Nizza corrisponde all'art. 14 della CEDU, si applica ai sensi dello stesso.

È possibile concludere questa riflessione sulla tutela offerta in ambito internazionale e comunitario nei confronti delle discriminazioni riconoscendo che l'art. 14 CEDU, nonostante il Protocollo n. 12, non abbia una portata di carattere generale e riguarda solo i diritti in essa pronunciati.

Il dettato dell'art. 21 della Carta di Nizza, invece, assume una portata ben più ampia. Questo esprime uno di quei diritti fondamentali che l'ordinamento deve tutelare. Nel principio di uguaglianza e non discriminazione si può rintracciare quell'elemento unificante tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia Europea: entrambe si trovano a garantirne l'applicazione in ogni fattispecie che, sulla base delle rispettive competenze, devono giudicare.

⁵² *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in www.giurcost.org.

⁵³ DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, cit., pag. 11.

In particolare, è bene sottolineare che le previsioni comunitarie sembrano essere lo strumento attualmente più utile ed efficace nella repressione delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale in Italia.

L'introduzione, in ambito comunitario, di direttive volte alla tutela dell'uguaglianza dei cittadini e soprattutto volte alla repressione di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, sembrerebbe essere lo strumento più idoneo a sollecitare le istituzioni italiani nell'emanare le relative e idonee disposizioni al fine di reprimere condotte discriminatorie.

4. Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, la legge Reale, Mancino e i crimini d'odio. Gli art. 604 bis c.p. e 604 ter c.p.

4.1. La Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale

Alla base del diritto positivo italiano nel contrasto alle discriminazioni, vi è la Convenzione di New York, aperta alla firma nel 1966 e recepita solo 9 anni più tardi in Italia tramite la legge 654/1975⁵⁴, nota anche come Legge Reale.⁵⁵ La legge di ratifica della Convenzione deriva dall'impegno assunto dagli Stati firmatari di «dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale,

⁵⁴ Gli Stati firmatari hanno il dovere di sancire che niente può giustificare la discriminazione razziale; devono adottare ogni misura necessaria volta alla sua eliminazione; prevenire e combattere le pratiche e le dottrine razziali. Gli Stati aderenti alla Convenzione dovranno dichiarare come crimini punibili dalla legge qualsiasi tipo di diffusione di idee basate sulla superiorità e sull'odio razziale, qualsiasi incitamento alla discriminazione o atti di violenza;

dichiarare illegali le organizzazioni e le attività di propaganda che inciti alla discriminazione o alla violenza e che incoraggino alla partecipazione di tali attività;

non consentire alle autorità pubbliche o alle istituzioni nazionali o locali l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione per motivi di razza.

⁵⁵ PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pag. 1,2.

nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento», nonché a «dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitano alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività».

Nel suo preambolo, la Convenzione dichiara che «gli stati parti della presente convenzione sono convinti che qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le razze è falsa scientificamente, condannabile moralmente ed ingiusta e pericolosa socialmente, e che nulla potrebbe giustificare la discriminazione razziale, né in teoria né in pratica, e che gli stati stessi sono risolti ad adottare tutte le misure necessarie alla rapida eliminazione di ogni forma e di ogni manifestazione di discriminazione razziali nonché a prevenire ed a combattere le dottrine e le pratiche razziali».

4.2. La legge Mancino

La legge del 25 giugno del 1993, numero 205, più comunemente nota come Legge Mancino⁵⁶, è la norma che ha introdotto nell'ordinamento italiano delle novità rilevanti contro i crimini d'odio⁵⁷ e che ha modificato in termini rilevanti la Legge Reale. La legge condanna frasi, gesti, azioni e slogan aventi per scopo l'incitamento all'odio, alla violenza, alla discriminazione, e alla violenza per motivi razziali, etnici, legati alla ideologia nazifascista. La legge punisce anche l'utilizzo di simboli legati a tale ideologia.

La legge Mancino ha come scopo l'introduzione della discriminazione, l'odio e la violenza come reato. Tali condotte rilevano, al fine della configurabilità del reato, sia se vengano attuate da un individuo sia nel caso di incitazione o istigazione.

⁵⁶ Tale denominazione della legge deriva dalla Ministro dell'interno Nicola Mancino, che ne fu proponente.

⁵⁷ I crimini d'odio sono quelle condotte che assumono una rilevanza penale e che hanno ad oggetto una discriminazione da cui deriva un gesto violento per cui è previsto un aggravio di pena. Il crimine d'odio può riguardare tanto la violenza sulla persona che sui beni della stessa.

Per incitare si intende quella condotta di stimolazione di un terzo nel compimento di una determinata azione, per cui non si richiede necessariamente l'illiceità della stessa.

Per istigare si intende, invece, spingere qualcuno con parole o con abili e sottili sollecitazioni a compiere un gesto dannoso o illecito o a commettere un reato come, ad esempio, aggredire chi appartiene ad una determinata razza, etnia, Paese straniero o religione.

La legge Mancino, a differenza di come si pensi, non introduce per la prima volta la discriminazione determinata da motivi religiosi come reato. Questa, infatti, era già prevista nel dettato normativo originario per cui era previsto un divieto di discriminazione nei confronti degli individui appartenenti alle comunità ebraiche. Trattasi della legge 8 marzo 1989, n. 101 che contiene “Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle Comunità ebraiche italiane”⁵⁸.

La disposizione della legge Mancino prevede due diverse ipotesi. La prima ha una portata più ampia ed è caratterizzata dalla finalità di discriminazione o di odio, la seconda, invece, ha una sfera di applicazione più ristretta caratterizzata dal fine di agevolare l’attività di gruppi o altre forme organizzative a loro volta aventi finalità di discriminazione o di odio. Tale applicazione ristretta deriva dal fatto che è limitata ai reati «aventi come scopo quello di contribuire alla realizzazione di qualsiasi risultato suscettibile di tornare comunque “utile”» alle già menzionate organizzazioni.⁵⁹ Tale utilità dovrà configurarsi in una concreta azione di supporto per le tali organizzazioni.

⁵⁸ Cfr. art. 2 della legge 8 marzo 1989 n.1989 : «le pene [...] previste, ai termini dell’art. 4 della Convenzione, per chi diffonda idee razziste o inciti alla discriminazione o commetta atti di violenza o provocazione verso persone appartenenti a gruppi nazionali, etnici o razziali, diventano immediatamente applicabili ai medesimi reati nei confronti di persone in quanto appartenenti a gruppi religiosi, mentre il divieto per organizzazioni o associazioni aventi tra i loro scopi l’incitazione all’odio o alla discriminazione razziale si estende all’odio o discriminazione religiosi».

⁵⁹ Secondo DE FRANCESCO G., potrà pertanto trattarsi “sia di attività dirette ad agevolare la realizzazione degli scopi di siffatte organizzazioni (e cioè, in buona sostanza, la commissione di quei delitti posti in essere per finalità razziali che costituiscono l’oggetto del programma associativo), sia di comportamenti volti ad aiutare l’associazione mediante il rafforzamento della relativa struttura (quali, ad esempio, la prestazione di armi, di mezzi finanziari, di informazioni, o

Il testo punisce inoltre chi esalta in pubblico esponenti, principi, fatti o metodi fascisti o le loro finalità antidemocratiche.

Dando un'occhiata alle pene previste dalla legge Mancino è possibile notare che viene applicata la pena della reclusione fino a 1 anno e 6 mesi o multa fino a 6.000 euro per chi promuove delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico oppure commette o istiga a commettere atti discriminatori per motivi di razza, di etnia, di nazionalità o di religione; reclusione da 6 mesi a 4 anni per chi commette o incita a commettere atti di violenza o di provocazione alla violenza per gli stessi motivi; reclusione da 6 mesi a 4 anni anche per chi partecipa ad organizzazioni o gruppi che hanno come scopo l'incitamento alla discriminazione o alla violenza (sempre per i motivi citati) oppure presta loro assistenza. La pena è più severa per chi è a capo di questi movimenti: da 1 a 6 anni di reclusione; reclusione fino a tre anni per chi esterna in pubblico oppure ostenta emblemi o simboli delle organizzazioni appena descritte; arresto da 3 mesi ad 1 anno per chi si reca allo stadio con simboli razzisti o fascisti; reclusione da 6 mesi a 2 anni per chi esalta in pubblico esponenti, fatti o metodi fascisti o le loro finalità antidemocratiche. Se c'è l'aggravante del fascismo, la pena prevista è la reclusione da 1 a 3 anni.

4.3. Uno sguardo ai crimini d'odio – un approfondimento agli hate crimes basati sull'orientamento sessuale

I crimini d'odio, noti anche come *hate crimes*, sono quei reati, come definiti dall'OCSE, che costituiscono «violente manifestazioni di intolleranza dotate di un profondo impatto non solo sulla vittima diretta bensì anche sul gruppo con cui la vittima si identifica. Essi colpiscono la coesione della comunità e la stabilità sociale. Pertanto, una risposta vigorosa è importante sia per la sicurezza individuale che per quella comune»⁶⁰.

comunque di altre forme di collaborazione destinate ad accrescere l'efficienza sul piano operativo dell'organismo delittuoso)».

⁶⁰ OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, pag. 11: «Hate crimes are violent manifestations of intolerance and have a deep impact on not only the immediate victim but the group

Questi sono reati che si compongono di due elementi principali⁶¹. Il primo riguarda la condotta, che deve costituire un crimine di qualsiasi genere, il secondo elemento, invece, consiste nel fatto che la condotta criminosa è realizzata in virtù di un pregiudizio nei confronti di una caratteristica giuridicamente protetta che caratterizza un gruppo⁶², la così detta “*bias motive*”⁶³. I pregiudizi in oggetto riguardano categorie più o meno protette. Essendo quelle europee società multiculturali, la presenza nel territorio di diverse culture minori, può portare alla discriminazione del gruppo minoritario da parte del gruppo maggioritario.

Le categorie minoritarie nei confronti delle quali è opportuno fornire una tutela maggiore, non sembrerebbero costituire un numero chiuso. La razza, l’etnia, la nazionalità e il colore della pelle costituiscono le classiche caratteristiche per cui un gruppo viene discriminato, ma queste possono essere affiancate da ulteriori e innumerevoli connotati, tra cui l’orientamento sessuale e le categorie del genere.

Il termine *hate crimes* può infatti essere fuorviante. Molti crimini che sono motivati dall’odio non sono inquadrati all’interno di questa categoria. Gli omicidi, ad esempio, spesso sono motivati dall’odio: tuttavia essi non appartengono al rango di crimini d’odio, se non laddove la vittima sia stata prescelta in ragione della sua appartenenza ad un gruppo protetto, dato questo che assume dunque un’importanza centrale nella qualificazione *degli hate crimes*. Anche se i crimini d’odio possono essere sorretti da diverse motivazioni.⁶⁴

with which that victim identifies him or herself. They affect community cohesion and social stability. A vigorous response is therefore, important both for individual and communal security».

⁶¹ GOISIS L., *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homotransphobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *Genius*, 2020, fasc. 1, pag. 79.

⁶² Tale definizione di hate crimes, che risulta essere la più condivisa, viene fornita da dall’Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa.

⁶³ LAWRENCE F.M., *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pag. 1 ss.

⁶⁴ Tra queste, l’Ocse annovera: il risentimento, la gelosia, o il desiderio di approvazione verso la vittima appartenente al gruppo; sentimenti ostili verso il gruppo di appartenenza della vittima; sentimenti ostili verso qualsiasi gruppo differente da quello in cui l’autore del reato si identifica; oppure una ostilità verso un’idea astratta, come potrebbe essere l’immigrazione. OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, pag. 7.

L'OCSE ha evidenziato come, nel definire quali caratteristiche personali meritino tutela sia necessario come questa sia indissociabile dal soggetto. Ovvero, la caratteristica per cui un individuo viene discriminato deve essere immutabile⁶⁵ e inseparabile rispetto alla persona offesa, e deve costituire il «*marker of the group identity*» e per tale si intende quell'elemento fondamentale comune che connota la categoria e che consenta a tutti coloro che presentino la caratteristica, di sentirsi parte del gruppo.

I crimini d'odio si distinguono da altri reati poiché fondati su un movente discriminatorio, e si caratterizzano per la loro bidirezionalità: sono condotte che vengono tenute non solo al fine di danneggiare il singolo, ma per danneggiare anche il gruppo che presenta il medesimo elemento caratterizzante. Gli *hate crimes* sono, infatti, anche definiti come dei crimini "simbolici" in quanto spesso le condotte discriminatorie che vengono attuate da parte di un soggetto nei confronti di una vittima, in realtà non sono fini a loro stesse, bensì sono un messaggio per ledere e nuocere alla categoria a cui la vittima appartiene. Gli appartenenti al gruppo si sentiranno di conseguenza intimiditi e sopraffatti dall'ansia di poter subire a sua volta crimini discriminatori, in ragione della propria caratteristica personale.

Si tratta dunque di crimini che violano la pari dignità degli esseri umani. Ed è questa la ragione per cui l'Ocse ha ritenuto che i crimini d'odio costituiscano una categoria a parte di crimini: essi violano infatti il principio che sta alla base di ogni società civile, ossia il principio dell'uguaglianza e della pari dignità di tutti gli esseri umani, principio che costituisce "il cuore della tutela dei diritti umani".⁶⁶

Tali crimini, stigmatizzando un gruppo, provocano un maggior danno dei crimini ordinari. La vittima prima del crimine può subire conseguenze psicologiche nefaste,

⁶⁵ Ed è proprio sull'immutabilità che molti ordinamenti fanno leva per non considerare l'omosessualità come una caratteristica meritevole di tale tutela più incisiva. In realtà, questa direzione assunta risulta essere infondata, poiché l'orientamento sessuale non risulta essere una scelta, bensì una caratteristica dell'individuo.

In ogni caso, l'OCSE, considera anche come meritevoli di tutela quelle caratteristiche "mutabili" dell'individuo.

⁶⁶ SCHABAS W., *War crimes and Human Rights. Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, London, Cameron May Publishing, 2008.

ma al tempo stesso la comunità cui la vittima appartiene viene intimidita e colpita, specie se si tratta di comunità storicamente fatte oggetto di discriminazione.⁶⁷

Le conseguenze che questi reati comportano sono diverse rispetto ad altri reati. Questi comportano un processo di vittimizzazione delle minoranze, per cui le vittime ne subiscono effetti sociali e psicologici pregiudizievoli.

Secondo la definizione fornita dall'OCSE si evince il forte impatto che questi sono idonei a suscitare. In particolare, sono idonei a ledere alla coesione e alla stabilità di questa. Gli *hate crimes*, infatti, pongono in serio pericolo alcuni precetti e principi fondamentali sanciti dalla Costituzione, quali il principio di uguaglianza e di pari dignità. Sono dei reati, inoltre, che pongono in serio pericolo la sicurezza dei membri della società, soprattutto quelle eterogenee e quelle multiculturali.

A tale categoria vanno dunque ricondotti anche i crimini d'odio omotransfobici, i crimini d'odio fondati sul genere, nei quali rientra la violenza di genere, oggetto di un obbligo di incriminazione, come noto, a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia.⁶⁸ Anche i reati e le condotte criminose nei confronti di disabili, in quanto disabili, rientrano nella categoria degli *hate crimes*.

In uno scenario internazionale in cui risultano esistere nei vari ordinamenti legislativi delle norme contro l'omotransfobia, quello italiano risulta essere molto angosciante. L'Italia, infatti, nonostante ai suoi art. 604 bis c.p. e 604 ter c.p. in cui vengono condannate e punite condotte di discriminazione e di istigazione al compimento di reati nei confronti di individui sulla base dell'appartenenza ad una minoranza religiosa, etnica e razziale, non ha all'interno dell'ordinamento legislativo una norma volta alla repressione di reati commessi nei confronti di

⁶⁷ GOISIS L., *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *Genius*, 2015, fasc. 1, pag. 40.

⁶⁸ La criminalizzazione degli eventi di violenza basate sull'identità di genere, sono particolarmente controversi. Una recente statistica ha rilevato come le violenze basate sull'identità di genere siano in forte incremento. Ciò che preoccupa e allarma è sia la quantità di tali violenze che la qualità delle stesse. Il tema delle violenze basate sul genere è entrato a far parte del dibattito politico grazie alla Convenzione di Istanbul che ha previsto degli obblighi di criminalizzazione delle condotte di violenze basate sull'identità di genere, definite dal patto e in accordo alle definizioni sociologiche, come violenza contro una donna in quanto donna.

La Convenzione fornisce le indicazioni per introdurre una prospettiva di genere all'interno delle varie legislazioni.

omosessuali e transessuali. Non solo non vi è una norma contro l'omotransfobia, ma non è neppure presente una disciplina sanzionatoria più grave qualora i reati siano commessi in relazione all'orientamento sessuale della vittima.

Allo stesso modo, uno scarso risultato si ha dalle norme previste specificatamente per la tutela dei disabili.

4.3.1. Gli *hate speech*

Una particolare categoria di *hate crimes* è composta degli *hate speech*. Questi sono manifestazioni o discorsi d'odio che esprimono un odio nei confronti di una categoria di individui o nei riguardi di una determinata persona, per delle caratteristiche che li contraddistinguono.

Sebbene i discorsi d'odio spesso siano idonei a suscitare nei destinatari dello *speech* il compimento di crimini d'odio, si tratta di due fattispecie di reato che occorre tenere ben distinte per i diversi interessi che evocano. Il rischio insito alla normativa sui discorsi d'odio è quello di creare nuove ipotesi di reati di opinione suscettibili di essere poi dichiarate incostituzionali. Diversamente dai crimini d'odio, la reazione dell'ordinamento giuridico ai discorsi d'odio richiede pertanto di essere attentamente bilanciata con il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di pensiero, che costituisce la ragione principale delle tante opposizioni parlamentari che di volta in volta hanno affossato i vari tentativi di riforma.⁶⁹

La locuzione "*hate speech*" è stata utilizzata per la prima volta dall'OCSE nel 2003, e secondo una sintesi di varie dottrine sulla natura di questa categoria di reati, questi consistono in un «discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione razziale, etnica, religiosa, culturale o di genere»⁷⁰. Si tratta di un discorso razzista, i cui destinatari sono individui che vengono considerati inferiori da parte di chi ha effettuato il discorso d'odio, ed è

⁶⁹ VIGGIANI G., *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in *GenIUS*, 2020, fasc.1, pag. 3-4.

⁷⁰ PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 11, pag. 6 ss.

applicabile a tutte le categorie potenziali di parole odiose⁷¹. E a ben vedere non si tratta di un fenomeno nuovo, poiché costituisce una riproposizione in forma verbale di una subordinazione di talune classi di individui rispetto ad altre.

Gli *hate speech* non vengono puniti in quanto manifestazione del pensiero che intende o rischia di trasformarsi in azione, ma esclusivamente in quanto esternazione percepita come umiliante, denigratoria, offensiva da parte degli appartenenti ai gruppi o alle comunità che il legislatore ritiene bisognose di particolare protezione e tutela in ragione della loro vulnerabilità in un particolare contesto sociale, culturale e storico⁷² e il discorso o l'invettiva devono essere tali da produrre o animare effetti tangibili sulle vittime, quali, in primo luogo, il pericolo di discriminazione, l'esclusione o il rischio concreto di attacchi violenti.⁷³

I discorsi d'odio si avvalgono di varie modalità linguistiche: le etichette denigratorie, le etichette categoriali, gli scherzi di odio, il ricorso agli insulti fino ad integrare fattispecie di reato.⁷⁴

Un'ulteriore tecnica utilizzata da parte di chi effettua gli *hate speech* è il mascheramento del dato di realtà di un'odiosa discriminazione. Si pensi ad esempio la banalizzazione di quando viene equiparato un attacco a Gaza con la Shoah, oppure le dubbie equiparazioni, ad esempio quando Sharon fu comparato a Hitler, o la rivalità tra le vittime, la gara tra catastrofi, il capovolgimento di ruoli, il negazionismo. Tale lista non è esaustiva in quanto le modalità di espressione dell'odio assumono sempre nuove vesti.

Le variabili linguistiche e le tecniche argomentative appena illustrate sono accomunate da una caratteristica: vengono attuate da parte di chi ha un sentimento di superiorità nei confronti di chi ritengono essere inferiore. E tali variabili

⁷¹ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pag. 2 ss. Si consulti anche DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 7 ss.

⁷² CAIELLI M., *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*. In *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 56.

⁷³ VITALE A., *Hate speech e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio*, in *La Giustizia Penale*, 2020, fasc. 2, pag. 265.

⁷⁴ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, pag. 4 ss.

linguistiche e tecniche argomentative hanno come conseguenza inevitabile di sfociare in crimini d'odio. Il 21 maggio 2012 fu approvata la Risoluzione del Parlamento europeo nel contrasto all'omofobia in cui vi si legge che: l'omofobia «si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti».

Il vero pericolo a cui si va incontro in presenza degli *hate speech*, infatti, si ha in riferimento alle conseguenze degli stessi: questi nient'altro non fanno che fomentare i pregiudizi e gli stereotipi nei confronti degli individui che abbiano una caratteristica minorante. Ed è proprio per queste conseguenze potenzialmente molto dannose che il legislatore è stato chiamato a intervenire in ambito penale⁷⁵.

La problematica che riguarda gli *hate speech* riguarda la necessità di reprimere dei discorsi di odio potenzialmente molto dannosi per un gruppo o per un individuo in quanto lesivi della dignità e sfociabili negli *hate crimes*, e la necessità di limitare la libertà di manifestazione del pensiero.

Anche ritenendo che i discorsi d'odio siano lesivi e limitativi delle garanzie costituzionali di cui all'art. 2 e 3 Cost., non è pacifico legittimare lo strumento penale come quello più efficace per contrastare tale tipo di condotta⁷⁶. Su tale aspetto ci soffermeremo più avanti.

4.3.2. Gli *hate crimes* in Italia: i dati del Ministero dell'Interno

Abbiamo analizzato, gli *hate crimes* e le loro caratteristiche, focalizzandoci sugli *hate crimes* fondati sull'orientamento sessuale. È opportuno, inoltre, focalizzarsi sulla connotazione di emergenza che questi avrebbero assunto in Italia.

⁷⁵ Nell'ordinamento italiano questa tipologia di reati è stata tradotta nei reati di diffusione di idee razziste, di incitamento alla discriminazione e alla violenza razzista, e di associazione finalizzata ad incitare all'odio o alla discriminazione.

⁷⁶ Secondo alcuni lo strumento penale risulta inadeguato poiché in contrasto con il principio di sussidiarietà, con la conseguenza che il diritto penale che ne deriverebbe sia principalmente simbolico.

Il Ministero dell'Interno ha istituito da dieci anni, nell'ambito del Dipartimento di pubblica sicurezza, l'Oscad-*Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori*,⁷⁷ che ha natura di «strumento operativo interforze [...] per ottimizzare l'azione delle forze di polizia a competenza generale nella prevenzione e nel contrasto dei reati di matrice discriminatoria».⁷⁸

Questo «è presieduto dal vicedirettore generale della ps-direttore centrale della polizia criminale ed è composto da rappresentanti della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e delle articolazioni dipartimentali competenti per materia⁷⁹. Alla luce della mission istitutiva dell'Osservatorio e tenuto conto delle caratteristiche peculiari dei crimini d'odio, gli obiettivi primari dell'Oscad sono: agevolare le denunce dei crimini d'odio (in modo da contrastare il fenomeno dell'under-reporting); migliorare costantemente il monitoraggio del fenomeno (per misurarlo con sempre maggiore precisione la portata e l'impatto); sensibilizzare/formare/aggiornare costantemente gli operatori delle forze di polizia (per combattere il fenomeno dell'underecording) ».

I dati dell'Osservatorio vanno oltre il numero delle condanne, definitive o non definitive, esito di un accertamento giudiziario nel contraddittorio delle parti; non si limitano alla sommatoria delle denunce presentate alle forze di polizia, comunque da verificare giudizialmente, ma che rappresentano un indice, soprattutto nella comparazione fra più anni; recepiscono, oltre alle denunce, le segnalazioni ricevute

⁷⁷<http://www.interno.gov.it/it/ministero/osservatori/osservatorio-sicurezza-contro-atti-discriminatori-oscad>.

⁷⁸ [<https://poliziamoderna.polizia.it/articolo/3535e186033b0f9d263164252>]

⁷⁹ Sono componenti dell'Oscad: il direttore dell'Ufficio affari generali; il direttore dell'Ufficio tecnico-giuridico e contenzioso; il direttore del Servizio analisi criminale; il direttore dell'Ufficio di staff del vice direttore generale della ps (Direzione centrale della polizia criminale); il direttore del Servizio per il contrasto dell'estremismo e del terrorismo Interno (Direzione centrale della polizia di prevenzione); il direttore del Servizio immigrazione (Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere); il direttore del Servizio polizia postale e delle comunicazioni (Direzione centrale per la polizia stradale, ferroviaria, delle comunicazioni e per i reparti speciali della Polizia di Stato); il direttore del Servizio centrale anticrimine (Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato); il capo del II Reparto (Comando generale dell'Arma dei Carabinieri).

da vittime, testimoni ed associazioni; interessano un arco temporale ampio, che sia in grado di permettere una valutazione della consistenza del fenomeno.

È bene accennare come alcuni tipi di reato, in realtà, abbiano un “numero oscuro” e la cui estensione dipende da vari fattori. Si pensi ad esempio al furto per cui le denunce da parte delle vittime spesso non sono seguite da indagini sull’autore del fatto, e ancor meno avviene l’inizio di un procedimento penale a suo carico. È infatti presumibile che per il reato di furto, il numero annuale di denunce sia inferiore rispetto a quello reale. È per tale motivo che risulta difficile, per questo reato, comprendere se l’incidenza sia in aumento o in diminuzione.

La costituzione dell’Osservatorio Oscad ha avuto come scopo specifico l’osservazione delle entità del fenomeno degli *hate crimes* aventi come vittime le persone omosessuali, nella consapevolezza che non potrà mai essere individuato con precisione.

I dati forniti, in ragione della loro eterogeneità, non rappresentano un quadro che assuma un valore statistico al riguardo e per ciò, successivi incrementi o diminuzioni di tali dati non sono correlabili con certezza ad un proporzionale incremento o diminuzione dei crimini d’odio in Italia⁸⁰.

Si ritiene, infatti, che il numero individuato e registrato dall’OSCAD sia in realtà sottostimato⁸¹.

Constatati i limiti di questi dati, possiamo analizzarne alcuni dal report fino ad ora disponibile dal 10 settembre 2010 al 31 dicembre 2018⁸².

Le segnalazioni di fenomeni omotransfobici, nel corso dell’arco temporale in esame, sono state in totale 2532. Di queste il 26.5%, ovvero 670, provengono dalle forze di polizia; il 27.1%, ovvero 584 segnalazioni, provengono da associazioni, privati o enti. 650 segnalazioni, che rappresentano il 25.7%, provengono da UNAR,

⁸⁰ I dati forniti dall’Oscad all’OCSE di certo non trasmettono nozioni di estrema esattezza, bensì danno certamente un’idea sulla dimensione massima.

⁸¹ VIGGIANI G., *Quando l’odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d’odio di matrice omotransfobica in Italia*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 1, pag. 5 ss.

⁸²Per il quadro complessivo si consulti [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/segnalazioni_oscad_dal_10.9.2010_al_31.12.2018_mi-123-u-d-1-oscad-2019-206_1.pdf].

ovvero l'Ufficio nazionale contro la discriminazione della Presidenza del Consiglio. Il 24.7%, ovvero 628 segnalazioni. Provengono da "fonti aperte", ovvero da servizi dei media e da articoli di giornale.

Uno screening è stato effettuato per identificare, tra le segnalazioni, quelle che siano propriamente *hate speech* e *hate crimes*. Tra le 2532, 1512 sono *hate speech* e *hate crimes*. Tra queste il 59,3%, ovvero 897 di queste, hanno come matrice la razza o l'etnia, 286 la religione (corrispondono al 18,9%), il 7,8%, ovvero 118 segnalazioni, hanno come matrice la disabilità, 197 segnalazioni, che corrispondono al 13%, sono fondate sull'orientamento sessuale. L'1%, invece, corrispondono agli *hate crimes* e *hate speech* fondati sull'identità di genere. Per queste si sono verificate 15 segnalazioni.

Dunque, in otto anni, l'insieme di presunte condotte illecite di discriminazione per ragione di orientamento sessuale o di identità di genere sono 212, dunque 26.5 segnalazioni all'anno.

Questi dati, purtroppo, non aiutano il t.u. Zan, in quanto non fanno credere che vi sia un vuoto normativo da colmare, e che, comunque, non vi sia un'esigenza di nuove disposizioni⁸³.

L'escalation dei reati omotransfobici spesso invocata a sostegno della promulgazione del DDL Zan sfortunatamente non è sostenuta dai numeri ufficiali riportati.

4.4. Analisi dell'art. 604 bis c.p.

All'interno del nostro ordinamento è possibile riscontrare una norma fondamentale su cui, in questo periodo storico⁸⁴, si concentra l'attenzione nazionale. Trattasi dell'art. 604 bis c.p.⁸⁵ il cui scopo è quello di reprimere e punire quelle condotte di

⁸³ Diversamente nella relazione alla originaria proposta di legge presentata dall'on. Zan e altri, venne affermato che si fosse in presenza di «*una vera e propria escalation dei crimini d'odio legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere, anzi di azioni di violenza inaudita*».

⁸⁴ L'art. 604 bis c.p. risulta ad oggi essere sotto il mirino di una riforma tramite il disegno di legge Zan, il quale ha come scopo l'introduzione e l'ampliamento delle fattispecie incriminate estendendole alle discriminazioni per motivi di sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità.

⁸⁵ Le fattispecie di cui agli art. 604 bis e 604 ter sono stati introdotti con la legge Mancino.

propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa^{86 87} e si colloca, all'interno dell'ordinamento penale tra i delitti contro la persona di cui al Libro II, Titolo XII Capo III, Sez. I bis e, in particolare, tra quelli contro l'eguaglianza.

Tale articolo è stato inserito nell'ordinamento a seguito del d.lgs. del 1° marzo 2018 n. 21, finalizzato all'attuazione di alcune deleghe previste nella riforma Orlando⁸⁸. La norma assume una rilevanza significativa in quanto ha come obiettivo la tutela della dignità umana e del principio di uguaglianza etnica, nazionale, razziale e religiosa.

⁸⁶ L'articolo afferma che: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato è punito:

- a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

⁸⁷ Il presente articolo è stato inserito dall'art. 2 del D. Lgs. 01/03/2018, n. 21 concernente "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103", con decorrenza dal 06/04/2018.

⁸⁸ La legge n. 103/2017 introduce modifiche di grande rilievo nell'ordinamento penale, sia sul piano del diritto sostanziale sia su quello del diritto processuale.

Il reato si configura come un reato di pericolo concreto e non meramente presunto, con la conseguenza che per la sua configurabilità è necessario che la condotta abbia un'attitudine concreta ed attuale ad incidere per capacità di persuasione o per forza di suggestione sull'altrui sfera volitiva, stimolando negli altri la commissione dei fatti criminosi⁸⁹.

La norma punisce le condotte di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, o l'istigazione a commettere o la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e l'istigazione in qualsiasi modo a commettere o la commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Con il termine "istigazione" si vuole far riferimento a qualsiasi atto o fatto diretto a rafforzare l'altrui intento criminoso. Occorre che la condotta tenuta dall'agente per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, sia tale da determinare il rischio effettivo, della consumazione di altri reati e, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato⁹⁰.

Col termine "propaganda" si vuole intendere, invece, una divulgazione di idee idonea a influire sulla psicologia e sull'altrui comportamento. La propaganda deve essere idonea a raccogliere consensi vero l'idea espressa.

Tale normativa sancisce, inoltre, il divieto di ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, punendo anche la mera partecipazione a tali gruppi o la mera assistenza agli stessi.

La norma punisce, infine, la propaganda o l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, qualora si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale. Per tale ultima condotta è previsto un inasprimento della pena, in

⁸⁹ CORATELLA C., *Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com, 2021.

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 8 luglio 1999, n. 8779; Cass. Pen., Sez. I, 15 dicembre 1997, n. 11578.

quanto frutto di una volontà del legislatore di reprimere il negazionismo. Fenomeno questo che implica la riduzione di importanza, la negazione e minimizzazione nei riguardi di fenomeni storici che hanno ad oggetto episodi o matrici di discriminazione. Nell'articolo si fa espresso riferimento alla Shoah o crimini di genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Affinché tali condotte assumano un rilievo è necessario che siano idonee a creare un effettivo pericolo di diffusione. Trattasi di un reato di pericolo concreto in cui il giudice deve effettivamente valutare il pericolo e la idoneità della negazione a creare il pericolo. L'oggetto giuridico dell'art. 604 bis c.p. si giustifica nell'esigenza di tutela nei confronti delle condotte discriminatorie fondate sulla razza, origine etnica o religione, o preferenza di qualsiasi genere sempre sulla base dell'appartenenza ad una razza, religione o origine etnica⁹¹.

Per condotte discriminatorie si intendono quelle condotte volte alla distinzione, esclusione e preferenza basate sulla razza, religione, origine etnica, colore o nazionalità, al fine di creare una disparità di trattamento e di comportare un ostacolo al godimento e all'esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico, in riferimento all'istigazione e alla propaganda si tratta di condotte e di reati a dolo generico, mentre l'istigazione di cui all'art. b)⁹² è previsto come reato a dolo specifico.

⁹¹ D'ESPOSITO M., *L'art. 604 bis c.p.: propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in www.iusinitinere.it, 2020.

⁹² La lettera b) dell'art 604 bis c.p. afferma che «Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

4.5. Analisi dell'art. 604 ter c.p.

L'art. 604 ter c.p.⁹³ prevede una circostanza aggravante generica⁹⁴ in riferimento a quei reati le cui condotte consistono in azioni discriminatorie in relazione all'appartenenza di un individuo ad una razza, religione o etnia o condotte di agevolazioni ad associazioni che abbiano il medesimo scopo.⁹⁵

L'aggravante prevista dall'art. 604 ter c.p. non trova attuazione qualora sia prevista la pena dell'ergastolo.

Particolarmente severa è l'aggravante della pena che viene aumentata a “fino alla metà” (art. 604-ter, primo comma, cit.).

Una particolare disciplina, derogatoria rispetto all'art. 69 c.p.⁹⁶, è dettata dall'art. in tema di bilanciamento delle circostanze attenuanti e aggravanti, sulla base della

⁹³ L'art. afferma che: «Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla già menzionata aggravante».

⁹⁴ Per “aggravante generica” si intende applicabile ad un numero indeterminato di reati. L'unico limite che viene imposto è l'inapplicabilità dell'aggravante nei casi di reati punibili con l'ergastolo.

⁹⁵ Il presente articolo è stato inserito dall'art. 2 del D. Lgs. 01/03/2018, n. 21 concernente “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”, con decorrenza dal 06/04/2018.

⁹⁶ L'art. 69 c.p. cita: «Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

quale le circostanze attenuanti, diverse dagli art. 98 c.p.⁹⁷ e 114 c.p.⁹⁸, concorrenti con le circostanze aggravanti, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle già menzionate aggravanti.

4.6. Riflessioni a margine della funzione del diritto penale nella repressione dell'omofobia

4.6.1. Introduzione storica al concetto di omofobia

Secondo la Risoluzione del Parlamento europeo del 24.05.2012 sulla “Lotta all'omofobia in Europa”, per omofobia deve intendersi «la paura e l'avversione irrazionali provate nei confronti dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo; che si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato».

⁹⁷ L'art. 98 c.p. afferma: «È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita.

Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale».

⁹⁸ L'art. 114 c.p. afferma che «Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena.

Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112».

e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti, e spesso si cela dietro motivazioni fondate sull'ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all'obiezione di coscienza».

Storicamente il sentimento di avversione e di intolleranza nei confronti dell'omosessualità affonda le proprie radici nei tempi del Cristianesimo. La considerazione che nei secoli si ha avuto del fenomeno dell'omosessualità si configurava in tre termini: il peccato, il delitto e la malattia.

Emblematica nel processo della criminalizzazione dell'omofobia è la dottrina di Benedikt Carpzov, nella cui opera *La Pratica Nova*, annoverava tra i *crimina laesae Majestatis Divinae* anche la sodomia. Nei secoli il Cristianesimo ha considerato l'omosessualità non più un peccato, bensì un disordine insito nell'individuo omosessuale che necessitava di cure.⁹⁹

È innegabile come la considerazione dell'omosessualità da parte del Cristianesimo, in quanto religione dell'Impero Romano, avesse influenzato i codici penali e gli articoli in riferimento all'omofobia e alla sessuofobia.

Solo con l'avvento della Rivoluzione francese, e dunque dell'Illuminismo, vi fu una declassificazione dell'omofobia dalla categoria dei reati. Tale decisione avanguardista fu adottata sulla base della mancanza del requisito essenziale della "dannosità sociale" del fatto¹⁰⁰ e in quanto consisterebbe in un reato privo della capacità di provare una "vittima".¹⁰¹

Nonostante la decriminalizzazione che comportò l'abrogazione dell'omosessualità dal *Code penal* napoleonico in termini di reato vi fu una sopravvivenza di disposizioni di polizia il cui scopo era la tutela della pubblica decenza che comportavano di conseguenza una repressione dell'omosessualità.

⁹⁹ GRAGLIA M., *Omofobia, strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2020.

¹⁰⁰ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, BENTHAM J., *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".

¹⁰¹ PINKER S., *The Better Angels of Our Nature. Why Violence has Declined*, New York, Penguin Group, 2011, pag. 449.

Nei Paesi di common law quali l'Inghilterra e gli Stati Uniti, e i paesi europei continentali, sono stati restii a decriminalizzare l'omosessualità fino ad epoche recenti.

In Germania, infatti, la criminalizzazione dell'omosessualità rimase in vigore fino al 1969. La disposizione normativa che prevedeva la punibilità delle condotte omosessuali fu il fondamento e la base sul quale venne effettuata la deportazione degli individui omosessuali; in Inghilterra venne meno solo nel 1981 con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Dudgeon*¹⁰², in cui la Corte ravvisò l'illegalità della norma incriminatrice in quanto consistesse nell'interferenza dello Stato all'interno della vita privata del cittadino, e di conseguenza risultava violato l'art. 8 CEDU¹⁰³; gli Stati Uniti, invece, hanno provveduto alla decriminalizzazione dell'omosessualità solo nel recente 2003, quando la Corte Suprema, nel caso *Lawrence*, ha affermato la necessaria separazione tra morale e diritto. La Corte Suprema ha quindi sancito l'incostituzionalità della previsione del reato dell'omosessualità¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* (Corte EDU 22 ottobre 1981, n. 7525/76). La Corte affermò che a legge che vieta l'omosessualità tra uomini consenzienti viola la loro vita privata ed è quindi illegale.

¹⁰³ L'art. 8 CEDU cita «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁰⁴ Supreme Court USA, 26 giugno 2003, *Lawrence e Garner vs. Texas*, in *Foro it.*, 2004, IV, 42 ss., con nota di PASSAGLIA P., *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 S., *Sodomia e diritti fondamentali: una svolta nella giurisprudenza costituzionale della Corte suprema statunitense*), che aveva negato l'esistenza di un diritto fondamentale per gli

In Italia, invece, la norma che incriminava l'omosessualità venne abrogata già nel codice Zanardelli del 1889. Tale scelta, però, fu totalmente non rappresentativa della realtà del tempo.¹⁰⁵ La scelta fu confermata anche nel codice Rocco del 1930 in cui non venne reintrodotta il reato di omosessualità. Il trattamento nei confronti degli omosessuali risultava però di natura strettamente discriminatoria, poiché le condotte di natura omosessuale venivano repressate tramite lo strumento del confino¹⁰⁶.

Solo con l'avvento della Costituzione e di conseguenza del riconoscimento delle libertà fondamentali si è giunti ad una tutela nei confronti degli omosessuali. In particolare, veniva offerta una tutela nei confronti degli stranieri che nel proprio paese d'origine venivano perseguitati per la propria omosessualità.¹⁰⁷

Da che l'omosessualità veniva considerata prima peccato e poi disordine, successivamente ha assunto una connotazione di malattia. L'omosessualità, infatti, veniva trattata come un disturbo mentale e oggetto di studio della scienza

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, ridotti a 13 allorché la Corte Suprema è ritornata sul tema nel 2003).

¹⁰⁵ In argomento, DOLCINI E., *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, pag. 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”.

¹⁰⁶ Il confino era uno strumento di prevenzione di carattere amministrativo che consentiva arbitri e prevaricazioni senza lo *strepitus fori* del processo penale.

¹⁰⁷ In tal senso Cass. civ., sez. VI, 10 maggio 2012 n. 11586, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 settembre 2012, con nota di WINKLER M., 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 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.

psichiatrica. L'omosessualità veniva trattata come una patologia da curare¹⁰⁸ e fu inserita all'interno della categoria dei così detti “disturbi sociopatici di personalità”.¹⁰⁹ Solo in seguito a due revisioni del DSM, l'omosessualità fu estromessa dai disturbi mentali.

Con l'instaurazione e la crescita della comunità ed esponenti LGBT, si è giunti ad un punto di sensibilizzazione presa di coscienza in tema di omofobia. Il Parlamento europeo ha infatti approvato ben tre risoluzioni in tema di omofobia, che hanno comportato, di conseguenza, l'approvazione nei vari Paesi europei di norme volte alla repressione di tale fenomeno. Attualmente, in Italia, la legge contro l'omotransfobia è al centro di un acceso dibattito pubblico.

4.6.2. Omofobia e legge penale: i principi a cui deve rifarsi il giurista nell'emanazione della legge sul contrasto dell'omotransfobia

Nel dibattito pubblico che ha luogo in questi mesi in Italia vi è al centro il disegno di legge per l'introduzione dell'omotransfobia come reato, e al riguardo ritengo utile approfondire il binomio del diritto penale e dell'omofobia.

Nel suo ruolo di creatore del diritto, e in particolare della legge contro l'omotransfobia, il giurista italiano deve adottare dei criteri al fine di svolgere il proprio ruolo in maniera idonea e per raggiungere al meglio i propri scopi.

¹⁰⁸ Non è adatta l'inclusione della psicoanalisi tra le teorie che consideravano l'omosessualità tra i disturbi da curare. Nonostante la terminologia utilizzata (“invertiti”, “deviazione”), ricca da giudizi etici o morali, Sigmund Freud ha classificato l'omosessualità sotto il profilo dell’“oggetto sessuale”; egli ha infatti parlato di “deviazione” rispetto all’oggetto sessuale, e degli omosessuali come persone aventi “pulsioni sessuali contrarie”, e perciò considerati “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, sottolineato che, anche prescindendo dal contesto storico e culturale dell'epoca, nell'inclusione nella categoria dei comportamenti sessuali Freud partiva da un concetto ristrettissimo di ‘normalità’ della vita sessuale, coincidente con i soli *rapporti eterosessuali genitali*, dal quale derivava, quindi, una nozione molto ampia di “perversioni sessuali”, tra le quali, considerava 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.).

¹⁰⁹ Fu inserita nella prima versione dei DSM (il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*).

In particolare, il giurista, nel dibattito nazionale in tema di omotransfobia, dovrà adottare un approccio di tipo “laico”. Per tale si intende quell’approccio privo di ogni preconcetto o valutazioni che risulterebbero in grado di condizionare le scelte normative. L’unico obiettivo da raggiungere da parte del giurista è quello dei valori e dei principi costituzionali in gioco. Ciò viene in rilievo sia in riferimento alla razionalità ed efficacia della norma, sia alla legittimità costituzionale e all’opportunità politico-criminale della stessa.

I principi fondamentali su cui è necessario soffermarsi per analizzare la funzione della legge penale in riferimento all’omofobia sono vari.

Il primo tra questi è sicuramente il “principio di laicità dello Stato”. Questo, come anche riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è un principio supremo della Costituzione, e per questo dovrebbe riguardare in maniera indefettibile il nostro ordinamento. Ciò, però, non è quello che sta avvenendo nel dibattito pubblico riguardo l’approvazione della legge contro l’omotransfobia. Le opinioni di molti, che contrastano il disegno di legge, hanno una matrice di carattere canonico che non condividono la necessità di prevedere una tutela rafforzata nei confronti di chi ha un orientamento sessuale non canonico.¹¹⁰

La laicità assume da un lato il ruolo di spingere fuori dalla razionalità costituzionale quelle prese di posizioni contrarie a qualsiasi regolamentazione normativa che abbia come obiettivo la tutela di relazioni non eterosessuali, e da un lato anche una neutralità ed equidistanza dell’ordinamento rispetto alle diverse concezioni del mondo.

Altro principio cardine fondamentale è quello del rispetto della dignità umana.

Il dibattito pubblico sull’approvazione della legge contro l’omotransfobia è basato sul principio e sul bene della dignità umana. Questo è uno dei principi cardine del nostro ordinamento, che tutela la persona sia nella sua manifestazione individuale mediante l’art 2 Cost., sia nella sua manifestazione sociale, mediante l’art. 3 Cost. Per i sostenitori della legge questo è il principio sulla base del quale si fonda la necessità dell’intervento penale in questione. L’adozione di norme penali repressive

¹¹⁰ In tal senso le parole affermate da un Tribunale ecclesiastico e da un cardinale richiamate in DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2011, p. 24-25.

di condotte omofobiche sarebbe imposta proprio dal principio della tutela della dignità umana.

L'oggetto della tutela della norma contro l'omotransfobia risulta essere proprio la dignità umana, quale valore da tutelare sul presupposto che qualsiasi condotta dettata da motivi discriminatori fondati sull'orientamento sessuale di una persona sia suscettibile di offendere la dignità umana.

Altri principi a cui si deve rifare il giurista nel dibattito sull'emanazione della norma contro l'omofobia sono quelli dell'offensività e materialità.

Il principio di offensività impone che il fatto previsto dalla legge come reato sia necessariamente offensivo di beni giuridici afferrabili. È questo un principio cardine di un sistema penale democratico, che viene in rilievo anche su un piano legislativo, in quanto risulta essere un criterio da dover rispettare nel momento della creazione della norma incriminatrice (canone di politica criminale), e anche su un piano applicativo (come criterio interpretativo). Il rispetto di tale principio risulta essere fondamentale al fine di evitare una possibile legittimazione di incriminazione nei confronti di pericoli in astratto, del sospetto, del rischio o dell'atteggiamento interiore in quanto "concretamente" offensive di "beni intermedi" e "strumentali", di "funzioni" e di entità immateriali.

La rilevanza del principio di offensività si coglie, quindi, nell'afferrabilità del bene giuridico tutelato, idoneo ad evidenziare la legittimazione dell'intervento penale.

Il principio di materialità, il quale è strettamente collegato a quello di offensività è stabilito dall'art 25 comma 2 Cost.¹¹¹, che consente l'incriminazione solo dei fatti materiali suscettibili di percezione sensoria¹¹², prevenendo quindi come incostituzionali i reati di sospetto, i reati omissivi propri, e tutte le fattispecie a condotta neutra e lecita.

¹¹¹ L'art. 25 Cost. afferma che: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

¹¹² Per tutti, VALENTI A. *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, 1997, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, pag. 237.

Nel caso specifico circa la norma incriminatrice delle condotte omofobe, il principio di materialità viene in rilievo nelle scelte di criminalizzazione di quelle condotte punibili che consistono nel reato associativo riguardando i gruppi, i movimenti, associazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla violenza o alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.

Altro principio cardine riguarda la libertà di manifestazione del pensiero, sancito dall'art. 21 Cost¹¹³. Ebbene, è proprio questo il punto focale su cui si concentra il dibattito pubblico sull'approvazione della legge contro l'omofobia.

Il dibattito sugli *hate speech* riguarda il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela delle vittime dei discorsi d'odio e degli *hate crimes*. In che modo è possibile limitare il principio costituzionale sancito dall'art. 21 Cost. per dare una tutela a chi è ad oggi ne risulta scoperto? Su tale questione ci soffermeremo più attentamente nel successivo capitolo.

4.6.3. La possibilità di intervento della legge penale nel contrasto all'omofobia

Nel dibattito pubblico sulla rilevanza dell'approvazione della legge contro l'omofobia, vengono in rilievo, a sostegno della maggior tutela nei confronti dei soggetti omosessuali e transessuali, norme di rango costituzionale.

¹¹³ L'art. 21 Cost. afferma che: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

Si tratta degli artt. 2¹¹⁴ e 3¹¹⁵ Cost. a tutela della dignità della persona umana, degli artt. 2, 3, 13¹¹⁶ e 21 a tutela della libertà e autodeterminazione della persona, e gli

¹¹⁴ L'art. 2 Cost. afferma che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹¹⁵ L'art. 3 Cost. afferma che: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

¹¹⁶ L'art. 13 Cost. cita: «La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

artt. 2, 3, 7¹¹⁷, 8¹¹⁸, 19¹¹⁹ e 20¹²⁰ Cost. in tema di laicità e non confessionalità dello Stato.

La legge penale può intervenire in tema di contrasto all'omofobia mediante due modalità: la creazione di una fattispecie autonoma di reato o mediante l'introduzione di una circostanza aggravante.

Considerando l'intervento della legge penale mediante la previsione di una fattispecie autonoma di reato nel contrasto all'omofobia, è bene far riferimento ad alcuni connotati della tutela penale nel contrasto alle discriminazioni razziali.

L'apparato repressivo nei confronti degli *hate crimes* è composto da sette fattispecie previste dai commi 1 e 3 della legge 654/75¹²¹. Tali sono: la propaganda razzista, l'istigazione a commettere atti di discriminazione razziale, atti di discriminazione razziale, istigazione alla violenza razzista, violenza razzista, provocazione alla violenza razzista e associazione razzista.

La legge Mancino, invece, contiene l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale, o l'agevolazione di attività di associazione razziale.

¹¹⁷ L'art. 7 Cost. invece afferma che: «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani.

I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi.

Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

¹¹⁸ L'art. 8 Cost. sancisce che: «Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze».

¹¹⁹ L'art. 19 Cost. dichiara: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

¹²⁰ L'art. 20 Cost. afferma: «Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività».

¹²¹ Legge 13 ottobre 1975, n. 654 – Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966.

L'estensione di tali fattispecie alle condotte di natura omofobiche risulta di particolare complessità. Tale estensione risulterebbe priva di ragionevolezza nel momento in cui risulterebbe estesa la penalità di condotte criminose di differente disvalore: la norma equipara le condotte di istigazione a commettere atti di discriminazione e di commissione di atti di discriminazione. Questa equiparazione viola qualsiasi principio di ragionevolezza. Come obiezione a questa problematica è stata data la possibilità di prevedere un provvedimento sanzionatorio diverso in sede di commisurazione della pena. Tale soluzione però non risulta essere soddisfacente dal momento che la ragionevolezza della norma penale deve essere soddisfatta sulla fattispecie astratta e non solo in sede di fattispecie concreta.

È evidente come, in realtà, non ci si trovi dinanzi ad una situazione legislativa "vergine" in cui i soggetti, vittime di discriminazioni di natura omofobiche, siano totalmente sprovvisti di tutela. Il quadro legislativo del nostro ordinamento prevede già norme a tutela della persona, del patrimonio, dell'onore e in alcuni casi delle circostanze aggravanti applicabili ai fatti a connotazioni omofobiche. Le fattispecie emerse nella prassi o ipotizzabili, sono già punite alla stregua di classiche fattispecie di reato previste nell'ordinamento.

La connotazione omofobica di una condotta di reato potrebbe già essere suscettibile inquadramento normativo, nell'aggravante dei motivi abietti e futili¹²². Per motivo

¹²² L'art. 61 c.p. afferma che: «Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti:

- 1) l'aver agito per motivi abietti o futili;
- 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato;
- 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento;
- 4) l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone;
- 5) 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;
- 6) l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato;
- 7) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità;

abietto si intende quel motivo, che ha indotto il reo a realizzare la condotta incriminata, spregevole o ripugnante. Si intende per futile, invece, quel motivo, che ha indotto il reo a commettere il fatto, sproporzionato rispetto al reato commesso. Le condotte di connotazione omofobica, sembrerebbero essere riconducibili a tale aggravante, e per tanto non necessarie di un'aggravante ad hoc. A sostegno di tale orientamento, un'interpretazione costituzionalmente orientata afferma che le condotte di natura omofobica sono riconducibili all'aggravante per motivi abietti, poiché la ripugnanza e spregevolezza di tali condotte sono ravvisabili anche nella negazione dell'uguaglianza sancita dall'art. 3 Cost. nei confronti dei soggetti contro i quali le condotte sono rivolte.

8) l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso;

9) l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto;

10) l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio;

11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità;

11-bis) l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale;

11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione;

11-quater) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere;

11-quinquies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza;

11-sexies) l'aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socioeducative;

11-septies) l'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni

11-octies) l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e sociosanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività».

Altra aggravante applicabile alle fattispecie di reato di natura omofobica è quella prevista dall'art. 61 n. 5 c.p. (l'averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa). Questa consiste in un'aggravante applicabile qualora l'agente si approfitti di circostanze a lui favorevoli di tempo (ad es. orario notturno), luogo (ad es. una località isolata), e di persona (ad es. debolezza fisica o psichica, età ecc.). Tale circostante aggravante risulta spesso applicabile ai reati di natura omofobica qualora, per esempio, la vittima si trovi a doversi difendere da solo contro vari aggressori.

È bene sottolineare anche come, in realtà, nella giurisprudenza si è consolidata sempre di più l'orientamento secondo cui le fattispecie di cui all'art. 3 della Legge Mancino ("finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso"), non siano strettamente legate, unicamente, ai "moventi" etnico, nazionale, razziale e religioso, bensì siano estensibili a qualsiasi tipo di reato fondato più genericamente sull'odio. In tale interpretazione estensiva rientrerebbe anche l'omofobia.

Tale ermeneutica, però, rischia di contrastare il principio costituzionale e penalistico del divieto di analogia in *malam partem*¹²³, e anche della regola del *best standard* nella tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Traendo le nostre conclusioni circa l'emanazione di una disciplina speciale nel contrasto all'omofobia, possiamo affermare che tale scelta non è necessaria al fine di colmare un vuoto normativo. Infatti, come abbiamo analizzato, nel nostro ordinamento sono presenti tutele volte alla salvaguardia della dignità umana, del patrimonio, dell'onore, della persona ecc. che tutelano, non direttamente, le aggressioni di connotazione omofobica.

¹²³ Cfr. art. 25 Cost.: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Secondo Giuseppe Ricciardi in *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell'intervento penale*¹²⁴, con l'introduzione di una norma penale ad hoc in contrasto all'omofobia rischierebbe di essere un ulteriore diritto penale simbolico¹²⁵, studiato e creato non tanto per una tutela nei confronti di chi ne è sprovvisto, bensì per un consenso e rassicurazione sociale.

Altro limite che deriverebbe dall'introduzione nel nostro ordinamento di una legge penale contro l'omofobia è che si rischierebbe di incriminare e punire delle norme poco offensive o mere espressioni del pensiero.

La capacità del diritto penale a fronteggiare i fenomeni omofobici è di scarso risultato, e tale limite viene riscontrato più marcatamente in sede processuale, in cui la dimostrazione della fattispecie di natura omofobica risulta di particolare complessità.

Il problema dell'omofobia risulta essere, a dire il vero, più un problema sociale e culturale, da affrontare con politiche di natura educativa, informativa ecc., piuttosto che attivando il diritto penale.

Sui benefici e i rischi circa l'utilizzo del diritto penale in tema di repressione dei fenomeni di natura omofobica, ci focalizzeremo nel successivo capitolo, quando andremo ad analizzare se effettivamente lo strumento del diritto penale sia quello idoneo.

¹²⁴ RICCARDI G., *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it

¹²⁵ Sui concetti di simbolismo efficientista, panpenalismo e ipertrofia del controllo penale, è sufficiente rinviare a PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pag. 123 ss.; MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.; PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p. 876. L'utilizzo del diritto penale simbolico nel contrasto all'omofobia, in realtà, ammesso da parte di organizzazioni internazionali. La previsione degli *hate crimes* veicolano verso la vittima il messaggio che la legge li protegge.

CAPITOLO II

IL DDL ZAN E LA QUESTIONE SULLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E I REATI DI OPINIONE. LA SANZIONE PENALE È L'ARMA PIÙ GIUSTA?

1. I profili di criticità e di aderenza al DDL al sistema penale

Al centro del dibattito pubblico sull'opportunità dell'approvazione di una legge contro l'omotransfobia, vi è un punto nodale su cui i vari partiti politici si scontrano. Se, da una parte, l'emanazione di una norma *ad hoc* contro l'omotransfobia è da ritenersi volta all'attuazione dell'art. 3 Cost., il quale, come già analizzato, sancisce il principio di uguaglianza e di dignità dei cittadini, dall'altro questa rischierebbe, secondo una parte della dottrina, di introdurre nell'ordinamento un nuovo reato di opinione, che, come analizzeremo nel prosieguo, è una categoria di reati alla cui base vi sono alcune problematiche intrinseche. La prima problematica che sorge in riferimento a tale tipologia di reati riguarda proprio la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

È proprio sul rapporto tra l'art. 3 Cost. e l'art. 21 Cost. che sorgono le problematiche sulla legge contro l'omotransfobia.

Inoltre, il Codice penale presenta delle fattispecie di reato a cui le discriminazioni di natura omotransfobica sono riconducibili. In presenza di queste, la previsione di una norma *ad hoc* contro l'omotransfobia, significherebbe introdurre nell'ordinamento un'ulteriore norma di diritto penale simbolico, il cui obiettivo, nonostante la sua legittimità, rischierebbe di sminuire la credibilità dello strumento penale in generale.

In questa sede ci soffermeremo ad analizzare le questioni penalistiche in gioco, analizzando i benefici e i rischi dello strumento penale nella repressione delle condotte di connotazione omotransfobica.

In particolare, è opportuno focalizzarsi, nel secondo capitolo di questo elaborato, ad analizzare le questioni che si pongono in riferimento alla libertà di

manifestazione del pensiero e a quali condizioni questa possa essere limitata al fine di garantire altri diritti costituzionalmente garantiti.

1.1. La libertà di manifestazione del pensiero

La libertà di manifestazione del pensiero costituisce un diritto fondamentale del cittadino riconosciuto sia a livello nazionale che internazionale ed è sancito da almeno quattro fonti. Questo è previsto, innanzitutto, dall'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PICDP), un trattato delle Nazioni Unite¹ il quale sancisce che «ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni» e che «tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo a sua scelta».

Il diritto di libera manifestazione del pensiero è inoltre garantito anche dall'art. 10 della CEDU, il quale dichiara che «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

Anche l'art. 11 co. 1 della Carta di Nizza prevede che «Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

Infine, a livello nazionale, nella Costituzione italiana la libertà di manifestazione del pensiero è annoverabile tra «i diritti inviolabili dell'uomo» che, sulla base di quanto dichiarato nell'art. 2 Cost., «riconosce e garantisce, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

¹ Concluso a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore a livello nazionale nel 23/03/1976. È stato reso esecutivo in Italia con la legge n. 881 del 25/10/1977 ed entrato in vigore il 15/12/1978.

1.2. L'art. 21 Cost.

Il dettato dell'art. 21 Cost. prevede che «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

La libertà di manifestazione del pensiero risulta essere uno dei principi cardine di un ordinamento democratico.² La norma in esame ne sancisce l'inviolabilità sotto ogni forma: orale, scritta e mediante qualsiasi mezzo di diffusione. La Corte costituzionale ha infatti affermato che «è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle [...] che meglio caratterizzano il

² In riferimento a tale articolo la bibliografia è molto ampia. Si consiglia di consultare COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, 1993, 319 ss.; BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006; PACE A., MANETTI M., *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale»³. La libertà di manifestazione del pensiero risulta essere, quindi, una delle libertà fondamentali più importanti di uno Stato di diritto.

A tal proposito anche la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino la definisce come «libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni, uno dei diritti più preziosi dell'Uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge».

La libertà di manifestazione del pensiero consiste nel diritto, e non nell'obbligo, del cittadino di pronunciare il proprio pensiero in qualsiasi forma. Tale diritto costituzionale è sia positivo che negativo; infatti, ciascun cittadino⁴ ha il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero e, allo stesso modo, ha il diritto negativo di non esprimerlo e di mantenerlo segreto⁵. Non si può obbligare un individuo ad esternare un proprio pensiero che ha intenzione di non esprimere, a meno che non si tratti di un processo per cui è previsto un obbligo di testimonianza sui fatti di cui si è a conoscenza. Qualora un soggetto che è a conoscenza dei fatti su cui verte la controversia non testimoni, può incorrere a responsabilità penale.

Il diritto sancito dall'art. 21 Cost. viene tutelato sia nella sua forma statica che in quella dinamica. La forma statica consiste nella creazione del proprio patrimonio di idee, mentre la forma dinamica coincide col momento della condivisione e manifestazione di tali idee.

La libertà di manifestazione del pensiero è definita come la prima «pietra angolare dell'ordinamento democratico» e «cardine di democrazia nell'ordinamento generale».

Tali pronunce della Corte costituzionale sembrano non definire l'art. 21 Cost. come “funzionalista”, ovvero come un diritto strumentale per il perseguimento dei valori

³ Cfr. Corte costituzionale sent. n.9 del 1965 in www.giurcost.org.

⁴ Si veda per un approfondimento sui destinatari della norma OROFINO M., *Art. 21 Cost: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *Rivista dei media*, 2019, fasc. 2, pag. 82,83.

⁵ LUCIANI M., *La Libertà Di Espressione, Una prospettiva di diritto comparato*, in www.europarl-europa.eu, 2019, pag. 12-14.

democratici. Infatti, la lettura che la Corte ha stabilito riguardo la libertà di manifestazione del pensiero è di natura individualistica, per cui è attribuito all'uomo in quanto tale e a suo vantaggio, non all'uomo in quanto appartenente ad una collettività e a vantaggio della stessa e dei suoi valori.

Ciò sembra constatato anche dalla giurisprudenza in riferimento ai limiti dell'art. 21 Cost. derivanti dalla tutela della personalità. È previsto infatti che il diritto di libera manifestazione del pensiero possa trovare dei limiti in riferimento all'esigenza di tutelare altri beni protetti dalla Costituzione.

1.2.1. L'art. 21 Cost. e i suoi limiti

La libera manifestazione del pensiero è, come già detto, uno dei principi cardine di un ordinamento democratico, che viene troppo spesso utilizzato come scriminante⁶, ovvero per legittimare qualsiasi tipo di affermazione idonea a ledere diritti altrui. A tal proposito, infatti, sono posti vari limiti. La libertà assoluta non esiste e, quindi, nemmeno la libertà assoluta di manifestare il proprio pensiero liberamente senza limitazione alcuna.

L'art. prevede un limite esplicito, infatti il testo normativo afferma che «sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume». È questa una clausola di estrema vaghezza⁷ che implica una portata generale della norma, che richiede di essere riempita caso dopo caso con fattispecie concrete, tenuto conto del costume sessuale e della moralità del contesto storico⁸. La sua concreta definizione può essere soggetta a profonde oscillazioni derivanti dai mutamenti sociali e dal mutare della percezione comune di taluni comportamenti.⁹

⁶ Anche nel dibattito sull'approvazione della legge Zan, l'art. 21 Cost. viene troppo spesso utilizzato per contrastarla. Gli oppositori, infatti, dichiarano che nell'approvazione di una legge che punisca l'omofobia consista in una limitazione della libertà del pensiero e quindi di una limitazione di un diritto costituzionalmente garantito.

⁷ Così PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1997, pag. 6.

⁸ CURRERI S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, p. 532.

⁹ La sent. n. 9 del 1965 affermò chiaramente che «il buon costume non può essere fatto coincidere [...] con la morale o con la coscienza etica», perché «la legge morale vive nella coscienza individuale

Oltre al limite esplicito previsto dal dettato costituzionale, ve ne sono altri impliciti, derivanti dalla necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela rappresenta una finalità immanente del sistema¹⁰: «[...] è ormai principio certo generalmente accolto, affermato con diverse sentenze di questa Corte, che la tutela del buon costume, espressamente richiamata dall'art. 21 Cost., non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo, invece altri limiti dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Cost.». ¹¹ E dunque, secondo la Corte Costituzionale, anche i limiti impliciti devono possedere un rilievo costituzionale e che consiste nella necessità di tutelare beni diversi dalla libertà di manifestazione del pensiero e anche dal buon costume. Si tratta di interessi costituzionalmente rilevanti.

Alcuni esempi di limiti impliciti della libertà di manifestazione del pensiero risiedono in quelle norme volte a tutelare la dignità, la reputazione e l'onore altrui. Non è legittimo utilizzare abusivamente il diritto di libera manifestazione del pensiero ledendo l'altrui onore, dignità e reputazione. Si tratta di diritti essenziali della persona che vengono riconosciuti e garantiti dalla legge.

Infatti, nel nostro ordinamento è statuito il reato di diffamazione¹² che prevede di conseguenza una limitazione della libertà di espressione, poiché si scontra con

e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo». Così facendo rifiutava qualunque concezione eccessivamente ampia e indeterminata del limite, abbracciando - invece - un indirizzo più garantista. Nondimeno, la stessa sentenza non arrivava alle medesime conclusioni rigorose della dottrina, finendo per affermare che:

«il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti».

¹⁰ Cfr. sent. Corte Cost. n. 19/1962, n. 87/1966, n. 84/1969.

¹¹ Cfr. sent. Corte Cost. n. 87/1966.

¹² L'art. 595 c.p. statuisce che «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a milletrentadue euro.

diritti essenziali della persona. L'art. 595 c.p. prevede una pena nei confronti di chi offende la reputazione altrui comunicando con altre persone, in assenza del soggetto di cui la reputazione viene lesa. Qualora il reato di diffamazione dovesse svolgersi per mezzo stampa, è prevista l'applicazione di un'aggravante.

L'art. 21 Cost. si riferisce anche alla libertà di stampa per cui è vietato un'autorizzazione preventiva e censura successiva alla pubblicazione. Affianco a tale regola generale è prevista una disciplina legislativa, la L. n. 47/1948, in riferimento al sequestro dello stampato, per cui sono stabilite precise procedure e precise garanzie. Qualora non sia possibile un intervento immediato dell'autorità giudiziaria sulla stampa, questa può essere sottoposta a sequestro da parte della polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria sequestrante dovrà farne denuncia nelle successive 24 ore e se entro tale lasso temporale questa non venga effettuata, il sequestro si intenderà revocato.

Trova fondamento nell'art. 21 Cost. anche il diritto di cronaca, in quanto libera manifestazione del pensiero. Questa si distingue dalle altre forme di espressione a cui l'art. 21 si riferisce, in quanto il diritto di cronaca si caratterizza nella narrazione di fatti nei confronti di una collettività indeterminata, il cui fine principale è l'informazione.

Il diritto di cronaca, però, deve sottostare a dei principi specifici: la verità, la pertinenza e la continenza.

La verità riguarda i fatti così come appresi e riprodotti sullo stampato, da cui deriva un'attenta valutazione sulle fonti da cui le notizie vengono apprese.

La pertinenza riguarda, invece, l'interesse pubblico alla divulgazione della notizia, mentre la continenza riguarda le espressioni che vengono utilizzate per non ledere l'altrui onore e reputazione¹³.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a duemilaseicentocinquanta euro. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a cinquecentocinquanta euro.

Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate».

¹³ NUVOLONE P., *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, 1962, pag. 421.

Altri limiti che vengono posti all'esercizio del diritto sancito dall'art. 21 Cost. riguardano il segreto di Stato, il segreto giudiziario e l'apologia di reato.

Il primo consiste in un segreto che colpisce un determinato documento la cui divulgazione potrebbe causare un pericolo allo stato democratico.

Il segreto giudiziario colpisce, invece, gli atti di un giudizio per cui la diffusione comporterebbe una difficoltà o un pericolo per l'accertamento dei fatti, quindi per garantire una corretta amministrazione giudiziaria, e per non ledere la dignità degli imputati.¹⁴

L'apologia di reato, infine, consiste nell'esaltazione e glorificazione di alcune figure di reato per cui ne deriverebbe un pericolo per l'ordine pubblico.

Nella sentenza n. 9 del 1965 la Corte ha affermato un principio cardine in tema di limitazioni applicabili all'art. 21 Cost., ovverosia che «le limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinverano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica».¹⁵ Da tale pronuncia si ricava che le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero possono essere applicate solo qualora siano poste dal legislatore ordinario, sancendo così una riserva di legge assoluta, e possono essere applicate solo per tutelare beni costituzionalmente rilevanti.¹⁶

Ne consegue che in sede di limitazione della libertà in esame, la Corte costituzionale è dovuta intervenire per individuare il bene costituzionalmente rilevante che possa costituire fondamento, per procedere al bilanciamento degli interessi di conflitto.

Come dichiara Marco Olivetti, «il bene protetto da questa libertà è [...] la possibilità di ogni essere umano di comunicare con i suoi simili, senza che allo Stato sia consentito discriminare in base alla compatibilità dei pensieri espressi con i principi

¹⁴ Viene fatto salvo il limite della pubblica rilevanza.

¹⁵ NICASTRO G., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2015, pag. 3.

¹⁶ I beni costituzionalmente rilevanti vengono identificati dal legislatore sotto il controllo della Corte costituzionale.

che reggono le democrazie liberali». «[...] la libertà di pensiero ha per fine anzitutto la tutela delle minoranze, anche di quelle odiose, che sostengono posizioni ritenute sbagliate dai più. Le società che riconoscono la libertà di pensiero ritengono infatti che essa sia un valore talmente alto da doverlo tutelare anche quando il relativo diritto viene utilizzato in una direzione che è ritenuta dai più ignobile e scommettono, inoltre, sulla capacità delle idee buone di scacciare quelle cattive, attraverso il libero confronto delle opinioni». «Le manifestazioni del pensiero critiche nei confronti dei principi politici prevalenti nella società sono tutelate dall'art. 21 per la già ricordata ragione che il senso di tale disposizione è di consentire uno spazio per opinioni anche eterodosse e sgradite a chi governa (non solo alla maggioranza ma anche alla classe dirigente in senso lato) e persino opinioni “incostituzionali”, cioè contrastanti con lo spirito della Costituzione». «[...] il diritto penale va utilizzato come un mezzo di ultima istanza, nell'ottica di quello che la Corte costituzionale ha definito “principio di sussidiarietà” della repressione penale “per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire” (sent. n. 487/1989, n. 447/1998, n. 317/1996 e n. 49/2015)». «Per il resto, resta fermo che l'art. 21 regge anche opinioni odiose e stupide, lasciando che esse siano sanzionate dal discredito dei consociati e sottraendole a repressione penale. Non è compito degli organi della repressione penale rilasciare patentini di stupidità, ma solo prevenire e “far cessare turbamenti della sicurezza pubblica».¹⁷

2. I reati di opinione

2.1. Introduzione ai reati di opinione e la questione dell'art. 21 Cost.

Congiuntamente all'analisi della libertà di manifestazione del pensiero, è opportuno focalizzarsi sull'analisi dei reati di opinione¹⁸, poiché sono due istituti del nostro

¹⁷ OLIVETTI M., *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, pag. 274-316. Per un approfondimento sulla configurazione giuridica della libertà di manifestazione del pensiero nei profili costituzionali e nel quadro della disciplina internazionale ed europea nella giurisprudenza della Consulta.

¹⁸ Per un'introduzione alla tematica si vedano FIORE C., *I reati di opinione*, Padova 1972; FAZIO V., VIAZZI C., *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in

ordinamento che spesso sono soggetti a delicati bilanciamenti. In particolare, sono oggi sotto i riflettori del dibattito pubblico sull'opportunità dell'approvazione della legge contro l'omofobia. L'introduzione della norma penale contro l'omotransfobia rischierebbe di introdurre nell'ordinamento un reato d'opinione che, come andremo ad analizzare, è una categoria di reati con problematiche intrinseche, tra cui, appunto, la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

L'interesse per l'argomento in esame è incrementato per il suo "alto tasso di problematicità"¹⁹.

I reati di opinione, come dal nome suggeritoci, puniscono quelle opinioni che abbiano forte capacità di offendere e di ledere l'altrui sfera di diritti rispetto ad opinioni ordinarie.

La disciplina in vigore è dettata dalla legge n. 85/2006²⁰ che ha apportato importanti modifiche al Codice penale in tema di reati di opinione, in particolare depenalizzando gran parte di questi.²¹

I reati di opinione si presentano come una categoria di reati che comprende gran parte dei delitti contro la personalità dello Stato, con particolare riferimento ai reati di propaganda e apologia sovversiva, nonché di vilipendio della repubblica e delle istituzioni costituzionali.

Tale tipologia di reato consiste nella manifestazione di una propria opinione aggressiva che sia idonea a ledere l'altrui sfera morale, che vada quindi oltre ai

Politica del diritto 1972, n. 3-4, pag. 533 ss.; SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Trattato di Carrara al Programma di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1973, vol. II, pag. 607 ss.; ONNIS J., *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Università di Cagliari*, vol. XLVIII (1973-1974), Milano 1975, pag. 83 ss.; DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse ad uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988; ALESIANI L., *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.

¹⁹ DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., Milano, 1988, pag. 6.

²⁰ La legge 85/2006 ha cancellato dall'ordinamento italiano alcuni reati che non avevano a che fare con la libertà di pensiero e di opinione che caratterizza uno stato democratico.

²¹ RIDOLFI A., *I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo ([Crimes of opinion between the liberal State and fascism])*, in *Historia et Ius*, 2015, fasc. 8, pag. 87.

limiti previsti dalla Costituzione in riferimento alla libertà di pensiero. I reati di opinione consistono in un abuso della libertà di manifestazione del pensiero che sia in grado di ledere alcuni beni giuridici.

Sono previste delle caratteristiche precise al fine di individuare tali reati.

Tanto per cominciare, sono reati che hanno ad oggetto l'espressione o la manifestazione di un certo pensiero che debba essere recettiva.

La manifestazione del pensiero, inoltre, non dovrà essere meramente narrativa o informativa, bensì dovrà consistere in una critica, in un punto di vista o di un certo modo di pensarla. L'ulteriore caratteristica che accomuna i reati di opinione è la condotta incriminata: la mera condotta comunicativa, l'aver comunicato il proprio punto di vista critico, valutativo o il proprio modo di pensarla²².

L'ultima caratteristica comune ai reati di opinione riguarda il fatto che le condotte prese in considerazione dal legislatore hanno ad oggetto la turbativa dei valori morali, spirituali, ideali, o di sentimenti o sensibilità. Con la previsione dei reati di opinione, il legislatore ha posto una particolare tutela nei confronti di specifici valori religiosi, politici, sociali e morali (diffusi o collettivi), che possano essere lesi da condotte che possano causarne il turbamento. Tali condotte consistono nell'offendere, vilipendere, esaltare, istigare, attentare, turbare e propagandare ideologie e comportamenti che rappresentano l'espressione di un controvalore negativo rispetto a quelli su cui dovrebbero fondarsi le moderne società democratiche.

²² A tal proposito, poco importa le modalità di comunicazione del proprio punto di vista. Qualsiasi esso sia, la condotta viene incriminata in quanto il giudizio di disvalore avverrà non su quale sia il mezzo di comunicazione, bensì sul fatto stesso dell'espressione di un certo contenuto valutativo.

Il reato di opinione viene punito a prescindere da qualsiasi altro fattore esterno. Non sarà richiesta, alla fine della configurabilità del reato, l'obiettiva capacità della condotta o l'intenzione dell'agente di arrecare nel mondo esterno un danno nei confronti della sfera morale di terzi. Il legislatore punisce la condotta a prescindere dalla sua capacità di arrecare effetti nel mondo esterno, in quanto ciò che rileva sarà la mera comunicazione valutativa.

2.2. Le problematiche dei reati di opinione

2.2.1. L'indeterminatezza della norma penale e il reale contenuto offensivo della condotta incriminata

I reati di opinione presentano varie problematiche, alcune concernenti la scelta sulla tecnica incriminatrice e di politica criminale che riguarda alcune fattispecie dei reati di opinione, altre concernenti l'offensività che caratterizza la categoria generale dei reati di opinione, ed è quindi intrinseco a tale tipologia di reati. Alcune di tali questioni sono state attenuate con la riforma della legge n. 85/2006.

2.2.2. L'indeterminatezza dei reati di opinione

Una prima problematica che si pone in relazione a tali reati riguarda l'indeterminatezza delle norme che le disciplinano.²³ Queste, infatti, si caratterizzano per un'ampia generalità dovuta dalla terminologia utilizzata per descrivere le condotte, con indubbe ricadute sul principio di legalità, che impone al legislatore «di formulare ogni figura di reato con connotati precisi»²⁴. Ciò si desume innanzitutto nell'utilizzo di termini vaghi nella descrizione della fattispecie, ovvero, attraverso l'uso di modi di dire che sono propri del linguaggio comune²⁵.

Emblematico è il caso del vilipendio, per cui, nelle norme incriminatrici viene utilizzata la locuzione di «pubblicamente vilipendere», facendo differenziare le varie fattispecie solo tramite l'oggetto della condotta o il soggetto attivo²⁶. Tale ampia genericità che caratterizza le norme incriminatrici di tali categorie di reati è attenuata mediante l'utilizzo di termini che arricchiscono la norma in esame. Si tratta di elementi con cui si cerca di arricchire, di precisare, la definizione della condotta vilipendiosa, e così di restringerne l'ambito applicativo, in favore delle manifestazioni del pensiero che abbiano una capacità offensiva inferiore.

²³ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, fasc. 2-3, pag. 697.

²⁴ ALESIANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, pag. 194 ss; PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, pag. 124 ss.

²⁵ PAGLIARO A., *Legge Penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, pag. 1044.

²⁶ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pag. 697.

2.2.3. L'offensività della condotta incriminata

L'ulteriore problematica che concerne i reati di opinione riguarda la sua indeterminatezza. Ci si domanda sul reale contenuto offensivo della condotta incriminata. Come già illustrato, le norme incriminatrici di tali fattispecie di reato utilizzano locuzioni molto generiche che comportano una difficoltà per il giudice di verificare se effettivamente la fattispecie concreta integri quella astratta.

Ci sono alcune fattispecie centrali per cui tale analisi risulta decisamente più semplice rispetto ad altre in quanto esse rappresentano dei veri e propri casi di scuola. Questi rappresentano, però, una minoranza rispetto alla prassi.

Oltre a tali rari casi ve ne sono di un numero rilevante, quantitativamente indefiniti, di più difficile interpretazione. Casi dei quali è più difficile identificare se siano o meno riconducibili alla fattispecie. A tal proposito è necessario fare riferimento allo scopo della norma incriminatrice, e quindi della tutela che questa voglia fornire, e di conseguenza al bene oggetto di tutela. Ma è proprio su questo che si pone la problematica dei reati di opinione: non si è sempre in grado di pervenire e di capire il bene oggetto di tutela²⁷.

Tutte queste problematiche inerenti alla categoria dei reati di opinione sono intrinseci alla loro struttura. In altre parole, sono delle problematiche intrinseche alla struttura di questi reati, derivate dalla scelta del legislatore di considerare come criminose determinate condotte, che inevitabilmente si pone in contrasto con alcuni valori liberal democratici.

Rispettivamente alle questioni sin ora illustrate, è necessario valutare ed analizzare in che modo, e in che misura, sia possibile limitare la libertà di espressione al fine di tutelare dei valori morali sovra individuali.

2.3. I reati di opinione e la libertà di espressione

Il tema dei reati di opinione si concentra, in gran parte, nel contrasto con la libertà di espressione, in quanto, come già analizzato, puniscono un'opinione critica, valutativa, un punto di vista, che possa ledere i valori morali sovra individuali. Fissare i limiti tra la libertà di espressione e i valori costituzionalmente protetti non

²⁷ Il problema si pone, ad esempio, in relazione al vilipendio politico. Si tratta di una tutela che viene fornita ai valori morali politicamente rilevanti, oppure il prestigio di determinate istituzioni?

è un compito di facile portata.²⁸ I reati di opinione costituiscono, infatti, una categoria di reati per cui risulta complesso definirne i limiti, nonostante essa rappresenti una serie di norme che includono un ampio gruppo di condotte incriminate.

È bene iniziare sottolineando come la garanzia sancita dall'art. 21 Cost. che afferma la libertà di manifestazione del pensiero, vieti al legislatore di poter considerare come criminosa una condotta per il solo fatto di aver espresso un determinato pensiero²⁹ dello stato psichico del suo autore.

Il contrasto tra la norma incriminatrice e il dettato costituzionale dell'art. 21 Cost. viene in rilievo qualora la norma che incrimina una determinata condotta risulti volta alla repressione dell'espressione di un pensiero, proprio in quanto espressione di quel determinato pensiero. Il legislatore non ha alcun potere di reprimere una condotta in quanto consistente nella comunicazione di un certo messaggio, poiché a nessuno può essere vietato di dire quel che pensa. Il dettato costituzionale garantisce il diritto di esprimere un proprio contenuto di pensiero.

Le norme che si pongono in contrasto con il dettato costituzionale non consistono in un mero divieto della manifestazione del pensiero. Queste, infatti, non sono riscontrabili nel nostro ordinamento. Ciò che si pone in contrasto col dettato costituzionale risulta essere una norma che, nel vietare una condotta, la consideri rilevante proprio come espressione di un qualche contenuto di pensiero³⁰.

Le norme incriminatrici presenti invece nel Codice penale italiano che prevedono la repressione e la sanzione di una determinata condotta consistente nella

²⁸ In questo senso FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972 pag 11.

²⁹ Si sottolinea come nessuno può essere punito solo per aver avuto un determinato pensiero. Il principio di libertà di manifestazione del pensiero risulta essere strettamente collegato alla materialità o oggettività del reato.

³⁰ Nulla ha a che vedere con la libertà di manifestazione del pensiero, ad esempio, la molestia o disturbo alle persone (660 c.p.), la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (611 c.p.), la minaccia (612 c.p.). Anche se questi reati consistono in condotte comunicative che spesso si esprimono come una manifestazione del pensiero o dello stato psichico, nessuna di queste norme incrimina la condotta in ragione dell'aver manifestato un certo contenuto del proprio pensiero. Ciò che è necessario al fine della criminalità della condotta, e quindi come questa rifletta nel mondo esterno.

comunicazione ed espressione del contenuto di un pensiero, vogliono combattere non tanto la manifestazione del pensiero in sé, bensì come questo sia in grado di riflettersi nel mondo esterno. Si pensi il reato di concussione (ex art. 317 c.p.), la cui condotta consiste nel desiderio del pubblico agente, che abusando delle sue funzioni costringa il privato nella dazione o nella promessa di un'utilità indebita. In questo esempio ciò che la norma mira a reprimere è la richiesta da parte del pubblico agente di ricevere una dazione o un'utilità indebita, e non dunque la mera espressione manifestata. In questo caso ciò che viene espresso e comunicato da parte del pubblico agente ha, nel mondo esterno, delle implicazioni penalmente rilevanti. Il privato sarà infatti costretto ed obbligato ad effettuare una prestazione a seguito dell'abuso dei poteri di cui il pubblico agente è in possesso.

Una siffatta regolamentazione rappresenta la base per una convivenza sociale civile senza la quale nessuno potrebbe godere liberamente dei proprio diritti. La regolamentazione non dovrà intaccare “*the central range of application*” della libertà fondamentale disciplinata.³¹

2.3.1. Un'interpretazione costituzionalmente orientata

Analizzato il quadro più ampio in cui si pone la problematica bisogna capire quando l'art. 21 Cost. prevalga su altri principi con i quali questo venga in conflitto.

La Corte costituzionale ha fornito un'interpretazione diretta a valorizzare l'offensività della condotta, sottolineando la necessità di un *quid pluris* rispetto alla manifestazione di un semplice pensiero. Le sentenze in materia di reati di opinione presentano un'omogeneità di fondo: l'esercizio di una libertà costituzionale può essere compromessa solo nei limiti del pericolo concreto. La giurisprudenza costituzionale ha quindi individuato, quale criterio di legittimazione dei reati di opinione, quello dell'idoneità della condotta a porre in pericolo il bene giuridico, sempre che questo abbia un rilievo costituzionale.

Un principio cardine per affrontare questa tematica riguarda il fatto che qualora una norma si ponga in contrasto con un principio costituzionale, non ne comporta direttamente l'incostituzionalità. Infatti, esistono delle condotte facenti parte di un

³¹ RAWLS, *The Basic Liberties and Their Priority*, in *The Tunner Lectures on Human Values*, 1981, p. 9 -10.

principio costituzionale che vengono limitate da alcune norme senza che ne derivi una violazione del principio costituzionale. La restrizione potrebbe infatti derivare dalla garanzia di un altro principio costituzionale, che altrimenti rischierebbe di essere compromesso³². La compressione di un diritto costituzionale si considera giustificata qualora venga effettuato in virtù di un altro principio costituzionale che si consideri, per una determinata caratteristica, più importante e rilevante rispetto a quello che verrebbe compresso.

Il fatto che una norma ha ad oggetto una limitazione di una condotta che riguardi l'art. 21 Cost., non è sufficiente a sancirne l'illegittimità della norma in esame. È possibile che una determinata norma preveda la repressione di una condotta consistente in una manifestazione del pensiero, ma solo qualora questa sia necessaria per la salvaguardia di un interesse di rango costituzionale, e quindi non inferiore rispetto a quello compresso.

Ritornando ai reati di opinione, sappiamo che questi reprimono le condotte di comunicazione di un certo pensiero del suo autore, che sia di natura critica, valutava o che esprimano un proprio punto di vista che possa ledere interessi morali sovra individuali. Tali reati reprimono quindi quelle condotte che rientrano a pieno titolo nell'art. 21 Cost., ma da ciò non ne deriva direttamente l'incostituzionalità della categoria dei reati di opinione.

È opportuno soffermarsi sul chiedersi se il bilanciamento tra l'art. 21 Cost. e un altro diritto da tutelare avrebbe poi un risultato costituzionalmente legittimo.

2.3.2. Riflessioni a margine delle possibilità di compressione dell'art. 21 Cost.

Come illustrato, il diritto di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., può subire delle compressioni, qualora risulti essere necessario al fine di garantire un altro diverso diritto di rango costituzionale. Questo, però, risulterà ammissibile qualora il risultato che ne derivi dal bilanciamento abbia un risultato costituzionalmente legittimo.

³² La legge contro l'omotransfobia richiederebbe di fare questo sforzo. Da una parte la limitazione della libertà di espressione dovrebbe essere compressa al fine di garantire un'uguaglianza nei confronti delle vittime delle discriminazioni omotransfobiche, quindi in attuazione dell'art. 3 Cost.

Una delle possibilità che si presentano in riferimento a tale bilanciamento risulta essere in riferimento alla tutela di sensibilità collettive di alto livello.

Se per l'ingiuria e la diffamazione il danno e gli effetti che ne conseguirebbero sono di facile dimostrazione, lo stesso non si può dire per quei reati che comporterebbero un danno nei confronti di una sensibilità collettiva, in quanto concetto più sfuggente e indefinito. La sensibilità collettiva esiste in quanto sintesi della sensibilità individuali dei vari appartenenti ad un gruppo. Ma allo stesso modo non è detto che la sensibilità di un determinato gruppo rappresenti quella di qualsiasi componente del gruppo stesso.

Non sembrerebbe giustificata in realtà la previsione come reato di opinione di quelle affermazioni nei confronti di una sensibilità collettiva di alto livello. Si pensi ad un individuo che dichiari che "i calabresi sono persone inaffidabili", in questo caso non è detto che tale affermazione sia in grado di colpire tutti i calabresi. Certo, nei confronti di alcuni questa affermazione potrebbe comportare un dispiacere, ma considerarla come reato di opinione non giustificerebbe la compressione dell'art. 21 Cost. In questo caso l'intervento del legislatore risulterebbe essere troppo invasivo.

Qualora si trattasse di dare una tutela ai valori morali sopra individuali, la compressione del diritto di libera manifestazione del pensiero può avvenire solo qualora i valori morali in questione risultino essere costituzionalmente rilevanti, a condizione che i bene tutelati siano realmente danneggiabili da una manifestazione del pensiero. È necessario che tra l'espressione del pensiero e il danno vi sia necessariamente una connessione causale ed effettiva.³³

Nonostante un valore morale sopra-individuale sia costituzionalmente sancito, sembrerebbe essere di superflua utilità la previsione di una norma penale.

Ad esempio, il prestigio della Repubblica non dipende per nulla, e quindi non risulterebbe lesa qualora un determinato individuo ne facesse oggetto di vilipendio. Il rispetto dei valori sopra-individuali risulta essere molto più efficace, anziché tramite la repressione di determinate condotte con leggi penali, mediante l'accertamento della diffusione di quei valori sia effettivo.

³³ Non è sufficiente un nesso di causalità ipotetico.

La categoria che meglio rispecchia i reati di opinione e il loro scopo, si ha in riferimento alla tutela dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali. La norma incriminatrice dei reati di opinione prende in considerazione una condotta in quanto idonea a ledere dimensione ideale di certi valori morali sovra-individuali. Ciò che quindi viene tutelato sono le idee, la sacralità o l'intangibilità concettuale. Si vuole tutelare della dignità di una confessione religiosa, l'idea dell'uguaglianza tra gli individui.

Alla luce di quanto appena illustrato, sembrerebbe non congruo e non democratico punire chi abbia una contro idea rispetto ad una idea diffusamente condivisa. Risulta così essere fortemente violato l'art. 21 Cost.

La libertà di avere una propria opinione, anche contrastante rispetto ad un'idea diffusamente condivisa, è uno dei principi cardine di una società democratica.

Avere un proprio pensiero è una caratteristica della personalità, e qualora questo venisse negato, sarebbe di conseguenza negata la personalità del singolo.

Se i reati di opinione consistono, nella maggiore delle ipotesi, in una repressione di condotte che si manifestano come contro idea rispetto a concetti di valori morali sovra individuali, si ritiene che nei confronti di tali valori venga concessa la sola possibilità di affermare ciò che viene considerato come "giusto".³⁴ E su tale aspetto viene meno la democrazia che dovrebbe regnare all'interno del nostro ordinamento. L'individuo, la cui opinione si trova in contrasto con la concezione che ha di alcuni valori sovra individuali, non potrebbe esprimere il proprio pensiero contrario all'idea assunta dalla maggior parte dei consociati.

La libertà di espressione, inoltre, non è solo finale a sé stessa. Questa è utile e fondamentale al fine di garantire uno sviluppo sociale e scientifico, facendo in modo che nessuna idea o concezione venga presa come dogma scientifico o morale che debba essere imposto.³⁵ È proprio tramite la discussione che vi è lo sviluppo delle sicurezze degli assunti morali o scientifici, sia tramite il superamento di quelli che risultano essere inadeguati, sia mediante il cambiamento e il miglioramento di quelli che si vogliono mantenere. Ebbene, la discussione tra idee contrastanti sul

³⁴ In poche parole, questa limitazione prevede che nei confronti di tali valori il diritto di manifestazione in pratica non esista.

³⁵ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pag. 722.

medesimo valore risulta essere di particolare utilità per uno sviluppo scientifico dei valori³⁶.

2.3.3. La riforma dei reati di opinione

Nel risolvere le problematiche a cui i reati di opinione erano destinati, è intervenuta la legge di riforma dei reati di opinione, da cui la disciplina attualmente è sancita, n. 85/2006, recante “Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione”.

Un primo aspetto in cui la novella è intervenuta consiste nel conferire maggiore determinatezza alle fattispecie oggetto di modifica, risaltando lo scopo perseguito dal legislatore di dare ai reati di opinione una direzione costituzionalmente compatibile.³⁷ Emblema di questo intervento risulta essere l’art 292 c.p. in tema di vilipendio. Se prima della riforma le condotte sancite nella norma (Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato) risultavano essere di particolare genericità, a seguito dell’intervento della legge 85/2006, le locuzioni utilizzate nelle norme incriminatrici rendono le fattispecie meno indeterminate e più facilmente identificabili. Più specificamente, dopo la riforma viene affermato che «Chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000. La pena è aumentata da euro 5.000 a euro 10.000 nel caso in cui il medesimo fatto sia commesso in occasione di una pubblica ricorrenza o di una cerimonia ufficiale.

Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la reclusione fino a due anni».

³⁶ MILL J. S., in *Saggio sulla libertà*, 1859, pag. 135: «In assenza di dibattito non vengono dimenticati solamente i fondamenti di un’opinione, ma viene dimenticato sovente il significato dell’opinione stessa. Le parole che la esprimono cessano di suggerire idee, o suggeriscono solo una piccola parte di quelle idee che in origine comunicavano. In luogo di un concetto vivido e di una comunicazione viva, rimangono soltanto alcune frasi ritenute meccanicamente; oppure, se rimane qualcosa, è solo l’involucro o il guscio del significato, mentre la sua essenza più pura è andata dissolta».

³⁷ In riferimento alla novella alcuni l’hanno definita come scoordinata, asimmetrica e contraddittoria. Sul punto PADOVANI T., *Un intervento normativo che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 14, pag. 23.

Per «espressioni ingiuriose» di cui al primo comma si intende alla necessità che la manifestazione di disprezzo avvenga mediante espressioni già di per sé offensive. Ciò comporta che gli autori di una determinata vengano puniti non in relazione ad un'opinione in quanto tale, comportando quindi una limitazione della libertà di espressione eccessivamente invasiva, bensì per l'offensività assunta dall'espressione stessa.

La riforma avrebbe l'effetto di limitare l'ambito applicativo della fattispecie di vilipendio alla bandiera (nazionale o estera) a quelle sole ipotesi nelle quali la manifestazione di disprezzo verso la bandiera si avvalga di espressioni già di per sé offensive.

Un ulteriore contributo della riforma riguarda la comminatoria edittale delle pene, comportandone un riabbassamento delle stesse.

In alcuni casi le sanzioni pre-riforma e post-riforma sono rimaste indifferenziate nella specie e nel tipo, ma con un quantum inferiore. In altri casi la riforma è intervenuta modificando le pene in specie diversa rispetto a quelle precedentemente minacciate. In questi casi assistiamo ad un passaggio da una minaccia della reclusione alla minaccia dell'applicazione di multe³⁸.

L'attenzione del legislatore, inoltre, si è voluta concentrare sul problema dell'offensività dei reati di opinione. Uno degli interventi svolti dalla novella riguarda l'abrogazione espressa di alcune norme con conseguente eliminazione della relativa incriminazione³⁹.

³⁸ Ciò è avvenuto, ad esempio, nelle ipotesi di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290, primo e secondo comma, c.p.); di vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.); di vilipendio mediante espressioni ingiuriose della bandiera nazionale (art. 292, primo comma, c.p.); e di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di cose con espressioni ingiuriose (art. 404, primo comma, c.p.); nell'ipotesi di oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario, di cui all'art. 342 c.p., che peraltro è stato modificato solo sul piano della comminatoria edittale e non nella fattispecie; nell'ipotesi di oltraggio a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.).

³⁹ Oggetto di abrogazione sono state, ad es., l'attività antinazionale del cittadino all'estero (art. 269 c.p.), di Propaganda e apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.), di Lesa prerogativa della irresponsabilità del presidente della Repubblica (art. 279 c.p.), oltre che ad alcune circostanze aggravanti (come quelle di cui agli artt. 292-bis e 293 c.p.).

Il legislatore ha deciso di mantenere nel nostro ordinamento tutte quelle norme che riguardano il vilipendio e i reati d'offesa, abrogando solamente quei reati che comportassero un'offesa minore nei confronti di valori morali, spirituali e sovra-individuali.

Vengono fatte salve le fattispecie di vilipendio politico e religioso ma in particolare, in riferimento a quest'ultimo, sono state introdotte delle novità. Sebbene prima dell'intervento della novella il vilipendio religioso fosse esplicitamente previsto per la confessione Cattolica, con la riforma il legislatore ha provveduto a cancellare ogni riferimento alla religione dello Stato/religione cattolica, e ha abrogato l'art. 406 c.p., che faceva riferimento ai culti acattolici, divenuto ormai superfluo.^{40 41}

Per concludere possiamo affermare come la legge 85/2006 sia intervenuta positivamente in certi aspetti dei reati di opinione, mentre in altri il suo intervento non è stato di particolare utilità. Apprezzabili sono la riduzione delle pene che questa ha comportato e il contributo apportato alle norme per contrastare l'indeterminatezza delle stesse, anche se quest'ultimo non risulta essere pienamente soddisfacente per il fatto che non sempre le norme sono risultate più specifiche e meno generiche e anche per il fatto che il contributo non è stato applicato a tutte le norme.

La novella non è stata integralmente in grado di superare la criminalizzazione di dissenso politico, religioso, culturale e sociale, e per questo risulterebbe essere necessaria un nuovo intervento da parte del legislatore⁴². Non essendo questa una soluzione auspicabile, non rimane altro che affidarsi all'art. 51 c.p. in base al quale viene affermato che la punibilità è esclusa qualora una condotta sia realizzata

⁴⁰ BASILE F., *I delitti contro il sentimento religioso: tra incriminazione dell'opinione e tutela della libertà di manifestazione del pensiero (The crimes against religious sentiment, between criminalizing opinions and protecting free speech)*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 2, pag. 11.

⁴¹ Si veda PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2006, pag. 81.

⁴² MARCHEI N., *"Sentimento religioso" e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 190; SIRACUSANO P., *Commento agli artt. 402-406*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, 4a ed., Utet giuridica, Torino, 2012, pag. 1765.

nell'esercizio di un diritto. È tramite l'art. 51 c.p.⁴³ che, in attesa di un nuovo intervento legislativo o dichiarazione di illegittimità, si evitano i conflitti tra norme incriminatrici e norme costituzionali⁴⁴. È una soluzione di carattere provvisorio che, con la corretta applicazione, permetterebbe di esercitare liberamente l'art. 21 Cost., ma allo stesso tempo di tutelare i beni oggetto di tutela dei reati di opinione. Questa è l'unica soluzione in grado di far coesistere all'interno del nostro ordinamento il diritto di libera manifestazione del pensiero e i reati di opinione.

2.4. Le fattispecie previste dalla legge 85/2006

La categoria dei reati di opinione contiene al suo interno varie fattispecie. Dalla legge 85/2006 risulta che fra tali reati rientra l'attentato contro l'integrità, l'indipendenza e l'Unità dello Stato (art. 241 c.p.); le associazioni sovversive (art. 270 c.p.); attentato contro la Costituzione dello Stato (art. 283 c.p.); attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali (art. 289 c.p.); vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290 c.p.); vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato (art. 292 c.p.); offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero (art. 299 c.p.); offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.); offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose (art. 404 c.p.); turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa (art. 405 c.p.).

Oltre alle fattispecie previste dal Codice penale, ve ne sono altre previste da leggi speciali. La legge n. 962/1967 "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio",

⁴³ L'art. 51 c.p. prevede che «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.

⁴⁴ In tema sull'esercizio di un diritto si veda SPENA A., *Diritti e giustificazioni*, ed. provvisoria, Palermo, 2005, cap. II.

emanata a seguito dei brutali avvenimenti storici della Seconda guerra mondiale, punisce con la reclusione chi, con lo scopo di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, commetta atti diretti a cagionare la morte, lesioni personali gravi, o che sottoponga le persone a condizioni di vita tali da comportarne la distruzione fisica, totale o parziale del gruppo stesso. La legge, al suo art. 8, punisce con la reclusione anche chi istiga o fa apologia dei reati previsti dalla legge stessa⁴⁵.

La legge 645/1952 introduce, invece, una fattispecie volta ad evitare che quanto accaduto nell'Italia fascista potesse ricapitare. Il reato consiste nell'apologia del fascismo, prevista dall'art. 4 della legge in esame. Le condotte incriminate sono la propaganda al fine di istituire un'associazione, un movimento o un gruppo finalizzato alla ricostituzione del partito fascista, e «chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche».

Rientrano nella categoria dei reati di opinione anche la diffamazione e la calunnia⁴⁶. Il bene giuridico tutelato nel reato di diffamazione è la reputazione della persona offesa. Il presupposto al fine della configurabilità del reato è l'assenza dell'offeso per cui l'individuo vittima della diffamazione si trova nell'impossibilità di percepire direttamente l'indebito diffamatorio. L'impossibilità di difendersi determina una maggiore potenzialità offensiva dell'offesa rispetto all'ingiuria⁴⁷.

⁴⁵ La legge prevede come reati: atti diretti a commettere genocidio; deportazione a fini di genocidio; morte di una o più persone cagionata dagli atti diretti a commettere genocidio o dalla deportazione; atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite; atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori.

⁴⁶ L'art. 368 c.p. afferma che «Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne o alla Corte penale internazionale, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni.

La pena è aumentata se s'incolpa taluno di un reato nel quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a dieci anni, o un'altra pena più grave».

⁴⁷ Disciplinato dall'art. 594 c.p., l'ingiuria consiste nell'offesa dell'onore e del decoro di una persona presente.

La diffamazione si configura con l'offesa alla reputazione di un individuo, in presenza di almeno due persone che siano in grado di capire le parole diffamatorie⁴⁸. Si tratta di un reato d'evento che si configura nel momento in cui le affermazioni diffamatorie arrivino a terzi. È bene sottolineare come per «reputazione» si intenda la stima che gli altri hanno della sfera morale di una persona nell'ambiente in cui vive.

La calunnia, invece, consiste in un reato plurioffensivo, poiché il bene giuridico tutelato si configura nella corretta amministrazione della giustizia, l'onore ed eventualmente la libertà della persona falsamente e ingiustamente incolpata.

La condotta si può verificare mediante due modalità, infatti si distingue tra la calunnia formale e quella reale. La prima si configura qualora la falsa affermazione che sia stato commesso un reato da parte di un soggetto passivo è contenuta all'interno di una denuncia, querela, richiesta o istanza indirizzata all'autorità giudiziaria. La calunnia reale, invece, si ha quando si simulano delle tracce di reato creando indizi materiali sulla commissione di un reato mai avvenuto che indirizzino l'autorità giudiziaria verso un determinato soggetto.

Il fatto non costituisce reato qualora la calunnia riguardi fatti atipici, quindi qualora il fatto denunciato o simulato non integri nessuna fattispecie di reato, o qualora vi sia una causa di giustificazione o di esclusione della punibilità.

La calunnia è un reato di pericolo, che si configura ancora prima dell'instaurazione di un processo nei confronti della vittima. Il reato si configura nel momento in cui la condotta attuata sia idonea a far attivare l'autorità giudiziaria per reprimere il fatto falsamente addebitato. Per la configurazione del reato è sufficiente che l'autorità si attivi con una minima attività di indagine.

Inoltre, il reato è configurabile anche nel caso in cui venga attribuito ingiustamente un fatto diverso e più grave da quello effettivamente commesso, e anche nel caso di maliziosa omissione narrativa, che possa comportare un danno alla vittima.

L'autore della condotta deve essere consapevole di accusare un soggetto innocente. Non sarà sufficiente, quindi, il dolo eventuale.

⁴⁸ La giurisprudenza ritiene configurato il reato di diffamazione anche qualora l'individuo che attua la condotta incriminata si rivolga ad una sola persona, purché questa la comunichi di conseguenza ad altri.

3. Opzioni di criminalizzazione in materia di omofobia e libertà di manifestazione del pensiero

Il problema sulla criminalizzazione delle condotte omofobiche si pone riferimento all'art. 21 Cost. a proposito degli *hate speech*, le “parole d’odio” connotate da un movente omofobico.⁴⁹

Rispetto ai crimini d’odio⁵⁰ che si caratterizzano per un principio di azione violenta, i discorsi d’odio (*hate speech*), individuano una soglia di tutela penale molto avanzata: questi ultimi sono infatti estremamente connessi ai primi, in virtù del fatto che spesso ne incitano la commissione, in quanto capaci di consolidare stereotipi legati alle categorizzazioni sociali, influenzando la percezione che si ha di un determinato gruppo.⁵¹ Il complicato rapporto che sussiste tra discorsi d’odio e crimini d’odio, suggerirebbe una tutela rafforzata mediante il ricorso alla sanzione penale.

Il rischio derivante dal ricorso allo strumento penale risiede nel riproporre e valorizzare nuovamente il paradigma dei reati di opinione.⁵²

Il nucleo del problema risiede proprio nell’ammissibilità di una tutela penale di “sensibilità collettive”, e nell’ammissibilità di limiti alla libertà di espressione in ragione di tale tutela.⁵³

Sia nella declinazione in termini di fattispecie autonoma di reato, sia nella declinazione in termini di circostanza aggravante, ciò che si pretende di sanzionare è l’offesa alla dignità umana.

⁴⁹ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., pag. 4.

⁵⁰ MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, passim.

⁵¹ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., pag. 2,4 ss.

⁵² RICCARDI G., *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell’intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, pag. 27. Si suggerisce, inoltre, la lettura di FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972, passim; ALESIANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

⁵³ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., pag. 13 ss.

L'introduzione di una fattispecie autonoma di reato, o di un'aggravante, però, finirebbero per punire la lesione di una dignità collettiva, che costituisce un'oggetto di tutela più sfuggente e impalpabile, una somma di un insieme indeterminato di sensibilità individuali rispetto al quale l'offesa assume la struttura di un'offesa indiretta a dignità individuali.⁵⁴

4. Inquadramento della legge contro l'omotransfobia

4.1. Un confine molto sottile

Il dibattito sul disegno di legge nel contrasto all'omofobia si colloca tra varie discipline previste nel nostro ordinamento. Essendo questa una legge volta alla modifica degli art. 604 bis e 604 ter c.p., ampliando i motivi di discriminazione a quelli basati sull'omofobia, transfobia, misoginia, abilismo, si rischierebbe di limitare eccessivamente la libertà di manifestazione del pensiero. Contestualmente, però, è necessario dare una tutela rafforzata a tali soggetti in quanto più deboli rispetto alla collettività e spesso vittime di *hate crimes*.

Ci soffermeremo in questa sede ad analizzare gli *hate speech* e gli *hate crimes* basati sull'orientamento sessuale per poi trarre una conclusione sulla collocazione della legge contro l'omotransfobia in un equilibrio che sembrerebbe essere molto sottile.

4.2. Gli hate crimes omofobici. Omofobia e politica criminale

Il disegno di legge Zan è il frutto di una filza di tentativi di proposte di legge in tema di omofobia i cui risultati si sono rivelati di scarso successo.

La proposta di legge Zan è un ulteriore tentativo di conferire una maggiore tutela a chi ne risulta essere più carente.

È pressoché innegabile come, purtroppo, vi sono ancora troppi episodi quotidiani di discriminazione di matrice omofobica e transfobica e per far fronte a tale necessità di tutela, il corpo di norme che compongono il Codice penale risulta essere sprovvisto di una norma *ad hoc* volta alla repressione di discriminazioni di natura omofobica e transfobica.

⁵⁴ RICCARDI G., *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., 2013, pag. 32; SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pag. 714.

Il problema degli *hate crimes* di natura omotransfobica è ormai ineludibile. Le sollecitazioni e richieste di intervento da parte degli esponenti LGBT risultano essere un'ulteriore dimostrazione del bisogno sociale di affrontare il tema della tutela rafforzata nei confronti degli omosessuali e transessuali. E questo è un punto di riflessione importante per focalizzarsi sull'analisi in tema di laicità dello Stato e sulla delicata questione del diritto penale e dell'etica⁵⁵. Allo stesso modo è bene interrogarsi sull'effettiva necessità dell'utilizzo del diritto penale per contrastare i fenomeni di odio contro omosessuali e transessuali⁵⁶, poiché, come già analizzato, l'utilizzo della norma penale nel contrasto di tali condotte comporterebbe un conflitto tra garanzie di diritto costituzionale e il principio di determinatezza e offensività.

Le difficoltà che si pongono nel punire tali condotte si configurano prevalentemente quando le condotte discriminatorie consistono non tanto in una violenza fisica, bensì verbale, scivolando così sui reati di mera opinione⁵⁷.

Negli ordinamenti moderni vi è una notevole espansione dell'intervento penale, che ha comportato nel tempo un superamento dei confini di necessità nel contrastare le condotte di rilevante lesività. Questi risultavano di particolare utilità nell'identificare quelle condotte penalmente rilevanti. La giustificazione a tale superamento risiede nello sviluppo delle differenziazioni sociali presenti all'interno della società, e in quanto strumento utile per la politica ad ottenere il consenso sociale. Il diritto penale che ne consegue è un diritto politicamente sovraesposto e utilizzato per sopperire alle crisi della politica, morali e di altri strumenti di controllo.

⁵⁵ DOLCINI E., *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, pag. 1 ss.

⁵⁶ GOISIS L., *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 418.

⁵⁷ Si pensi alla diffusione di idee omofobiche o dell'istigazione a attuare discriminazioni fondate sugli orientamenti sessuali delle persone, che prescindano dall'effettiva idoneità di tali condotte a far conseguire concretamente il compimento di atti discriminatori.

I delitti contro gli omosessuali vengono definiti come “delitti speciali” per il disvalore dell’odio omofobico che li caratterizza, particolarmente diffuso sia socialmente e talvolta anche istituzionalizzata⁵⁸.

La discriminazione omofobica si può sviluppare a livello personale mediante opinioni negative e pregiudizi riguardo l’omosessualità, a livello interpersonale mediante la trasformazione dei pregiudizi in comportamenti eterodiretti, a livello sociale, invece, tramite l’accettazione e le divulgazioni di stereotipi sui componenti delle comunità LGBT. A livello istituzionale si ha quando le istituzioni quali la famiglia, la Chiesa, lo Stato, manifestino discriminazioni nei confronti di tali soggetti⁵⁹.

Ciò che caratterizza i reati di matrice omofobica è la natura della persona offesa dal reato: l’orientamento sessuale della vittima, non è un elemento neutrale rispetto al reato, bensì è l’elemento che caratterizza e che muove l’agente alla commissione di quella determinata condotta. Questo costituisce il fondamento dell’intervento penale repressivo da un lato, che protettivo dall’altro.

Allo stesso modo questi reati sono caratterizzati da un particolare odio, pregiudizio o sentimento di superiorità rispetto alle persone offese⁶⁰. E tale sentimento deriva se non altro da una percezione di superiorità da parte dell’autore del reato, che considera la vittima come diverso, contrapposto rispetto alla collettività.

Una delle tante ragioni che si pongono come fondamentali per l’emanazione di una legge contro l’omofobia, riguarda l’appartenenza della vittima ad una minoranza sociale, che lo rende più vulnerabile rispetto alla collettività, e di conseguenza bisognoso di una tutela maggiore.

⁵⁸ WINKLER M., STRAZIO G., *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, pag. 109-110.

⁵⁹ LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, in *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, a cura di CALAFÀ L., GOTTARDI D., Roma, 2009, pag. 324.

⁶⁰ PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei oggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell’Unione Europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pag. 4.

Le discriminazioni omotransfobiche assumono una connotazione penalistica differente che li definisce “crimini d’odio”⁶¹.

Il dibattito nazionale al momento risulta essere particolarmente fervente, in quanto le fattispecie di discriminazione omofobiche sono riconducibili ad altre fattispecie penali già previste nell’ordinamento. Si tratta delle lesioni personali, delle percosse, dell’ingiuria, della diffamazione, della violenza sessuale, della violenza privata, della minaccia, di atti persecutori, di danneggiamento, di omicidio, di violazione di domicilio, di estorsione.

Un’ulteriore punto di riflessione riguarda l’opportunità di criminalizzare gli *hate speech* (discorsi d’odio)⁶², poiché si scontrano inevitabilmente con il diritto sancito dall’art. 21 Cost. I crimini d’odio sono caratterizzati da un’azione violenta nei confronti delle vittime, in quanto appartenenti ad un gruppo o per delle caratteristiche che le definiscono. I discorsi d’odio, invece, si caratterizzano per il fatto che consistono in una manifestazione del pensiero e il legislatore si propone di anticipare il penalmente rilevante. Il discorso d’odio non è pericoloso in sé per sé, quello che si rischia con questi è la conseguenza dannosa derivante da questi. I discorsi d’odio sono strettamente collegati ai crimini d’odio, in quanto i primi si configurano spesso come matrice dei secondi. I discorsi d’odio fomentano i pregiudizi e gli stereotipi legati alle categorizzazioni sociali⁶³, ed è per tale motivo che il legislatore sente il dovere di reprimerli.

È pacifico ritenere che la prima modalità mediante la quale è necessario combattere l’omofobia e la transfobia sia a livello culturale e sociale. Questo sarebbe, a dire il vero, la soluzione ideale affinché non si configurino le problematiche giuridiche tra l’art. 21 Cost. e i crimini e i discorsi d’odio. Nella realtà, invero, l’allarme sociale

⁶¹ La locuzione “crimini d’odio” viene utilizzata per la prima volta dall’OCSE nel 2003 per indicare quelle discriminazioni basate sulla razza, origine etnica, religione, orientamento sessuale, appartenenza politica e condizione sociale.

⁶² I discorsi di odio sono quelle manifestazioni o discorsi manifestanti odio, miranti a screditare una persona o un gruppo sulla base di alcune caratteristiche, o allo scopo di istigare l’odio nei confronti di queste.

⁶³ Si veda PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., pag. 3 ss.

sul tema sembra chiedere e necessitare un rassicurante intervento statale attraverso lo strumento repressivo del diritto penale⁶⁴.

Le perplessità sul tema della legge contro l'omofobia si hanno in riferimento al fatto che non esiste una vera e propria emergenza di "omofobia" in Italia, e al riguardo vi sono statistiche che ne danno la dimostrazione. L'allarmismo con cui il tema dell'omofobia viene trattato da parte dei media non rappresenta la realtà, e anche se un solo caso di omofobia è per la nazione una sconfitta sociale e culturale, i dubbi e le perplessità sull'approvazione della legge hanno le loro motivazioni.

4.3. La tendenza europea

Sebbene in Italia la legge contro l'omotransfobia risulta essere un dibattito ancora molto acceso e a cui ad oggi è difficile trovare una soluzione tra i vari partiti politici, la maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea presentano strumenti legislativi volti alla tutela degli omosessuali in caso di condotte discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale.

I modelli legislativi a cui gli Stati hanno fatto ricorso nel contrasto a questi fenomeni sono principalmente due. Il primo consiste nella disposizione di norme antidiscriminatorie che tutelino le persone LGBT e che prevedano in modo implicito o esplicito i casi di discriminazione omosessuale.

Il secondo tipo di modello legislativo consiste nel prevedere delle norme *ad hoc* e specifiche nel contrasto all'omofobia e che sanzionino azioni e comportamenti esplicitamente omofobici, o atti violenti e di incitamento all'odio nei confronti di un gruppo omosessuale.⁶⁵

È proprio il Trattato sull'Unione Europea che stabilisce e prevede, nel suo art. 2⁶⁶, il rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza e la tutela dei diritti umani quali

⁶⁴ L'opinione pubblica richiede da parte del legislatore un intervento di tipo "esemplare". Per intenderci si vuole punire uno per educarne cento.

⁶⁵ PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, cit., pag. 7.

⁶⁶ L'art. 2 TUE stabilisce che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati

valori fondamentali che sono posti alla base dell'Unione. Ed è anche nell'art. 21⁶⁷ della Carta di Nizza, come nel precedente capitolo analizzato, che viene stabilito il principio di non discriminazione, fondata anche su motivi omosessuali.

Il TFUE al suo art. 10 afferma che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Come ulteriore rafforzamento del principio di non discriminazione vi è l'art. 19 del medesimo trattato, il quale prevede che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Il Consiglio Europeo nel 2009 ha adottato un programma per gli anni 2010-2014 in cui uno degli obiettivi prioritari era la lotta all'omofobia. La politica europea adottata ha come fondamento il fatto che la diversità culturale costituisce una ricchezza per l'Unione e per tale motivo l'Europa deve adottare strumenti volti ad una Comunità sicura, che tuteli, valorizzi e rispetti le differenze proteggendo gli individui che si trovino in una situazione di debolezza, e in cui vi sia una lotta alla xenofobia, antisemitismo, omofobia e razzismo. Insomma, una lotta efficiente nei confronti di ogni forma di discriminazione nei confronti di individui vulnerabili e deboli⁶⁸.

membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁶⁷ L'art. 21 della Carta di Nizza prevede che è «vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

⁶⁸ In tale quadro si collocano varie iniziative dell'Unione volte alla lotta alle discriminazioni. Queste hanno come obiettivo quello di intervenire sia internamente agli Stati Membri, sia esternamente a livello dell'Unione. Si pensi alla direttiva 2011/95/UE il cui scopo è la tutela nei confronti degli

Ed è così che il Parlamento europeo ha più volte affrontato l'argomento per adottare misure al contrasto contro l'omofobia coinvolgendo gli Stati Membri e la Commissione europea⁶⁹.

È di particolare rilevanza la recente risoluzione del 24 maggio 2012 la quale condanna con forza ogni discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Questa invita gli Stati membri a tutelare le persone gay, lesbiche, bisessuali e transessuali dagli *hate speech* di incitamento all'odio e alla violenza, assicurando alle persone dello stesso sesso dignità, rispetto e protezione, riconosciuti al resto della società. La risoluzione esorta gli Stati membri a condannare i discorsi d'odio e l'incitamento alla violenza e all'odio e ad assicurare che la libertà di manifestazione del pensiero possa comunque essere attuata. Nella risoluzione il Parlamento afferma che i diritti fondamentali delle persone LGBT sarebbero maggiormente tutelati se questi avessero accesso a tutti gli istituti giuridici quali la coabitazione, unione registrata o matrimonio, sollecitando gli Stati membri a prendere in considerazione tali istituti.

Un'ulteriore e fondamentale risoluzione adottata dal Parlamento europeo è quella adottata il 12 dicembre 2012 in tema dei diritti fondamentali dell'UE. L'obiettivo di tale risoluzione è il sollecitamento della Commissione e del Consiglio a intervenire contro l'omofobia, la violenza e la discriminazione basate sull'orientamento sessuale, e ad utilizzare i dati dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali nello svolgimento di tale compito.

omosessuali sul luogo di lavoro, in quanto si trovino in posizione di vulnerabilità per il proprio orientamento sessuale. Questa reca norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, di una protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, per il riconoscimento del rischio di persecuzione, nonché nella proposta di direttiva, tuttora in corso di esame da parte delle istituzioni UE, relativa a procedure per la concessione e la revoca dello status conferito dalla protezione internazionale.

⁶⁹ Segue un elenco di risoluzioni in materia: Risoluzione 13 marzo 1984; Risoluzione 11 giugno 1986; Risoluzione 26 maggio 1989; Risoluzione 22 novembre 1989; Risoluzione 23 luglio 1990; Risoluzione 8 febbraio 1994; Risoluzione 17 settembre 1996: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione 8 aprile 1997: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione Sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea approvata dal Parlamento europeo il 17 settembre 1998.

Gli Stati membri che prevedono sanzioni nei confronti di condotte discriminatorie di natura omotransfobica sono: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Grecia, Malta, Spagna, Francia, Irlanda, Lituania, Olanda, Portogallo, Romania, Svezia, Irlanda del nord e Regno Unito⁷⁰.

4.3.1. Le disposizioni adottate dagli altri Paesi per il contrasto all'omotransfobia

L'Austria ha adottato una norma nel cui codice penale punisce, con pene detentive fino a due anni, chiunque solleciti o esorti in modo adeguato a mettere in pericolo l'ordine pubblico la violenza contro una chiesa o confessione religiosa o contro qualsiasi altro gruppo di persone definite secondo criteri quali colore della pelle, lingua, religione o ideologia, nazionalità, ascendenza o l'origine nazionale o etnica, sesso, disabilità, età o orientamento sessuale, o contro qualsiasi persona appartenente a tale gruppo, in modo esplicito a causa della sua appartenenza al gruppo.

Nel Codice penale della Repubblica di Cipro, invece, al quadro che prevedeva già sanzioni nei confronti di condotte discriminatorie per motivi di razza, religione, origine nazionale o etnica, sono state aggiunte anche le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere⁷¹.

Il Codice penale danese punisce chiunque pronunci pubblicamente dichiarazioni o diffonde informazioni per cui un gruppo ne risulti minacciato, disprezzato o umiliato in ragione del suo orientamento sessuale, razza, origine etnica, origine nazionale o colore. L'orientamento sessuale, inoltre, risulta essere un'aggravante generale per tutte le fattispecie.

⁷⁰ PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili, Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, cit., pag. 10.

⁷¹ L'emendamento sancisce che «Una persona che pubblicamente e in modo minaccioso incoraggia intenzionalmente o incita sia verbalmente sia con testi scritti o illustrazioni o qualsiasi altro modo alla violenza o all'odio nei confronti di una persona o un gruppo definito sulla base dell'orientamento sessuale o di identità di genere, è colpevole di un reato e, in caso di condanna è soggetto a reclusione non superiore a tre anni o con una multa non superiore a €5.00».

La Croazia prevede invece che i crimini d'odio siano basati su un aspetto personale della vittima. Nel 2013 anche l'identità di genere viene considerata tale da parte dell'ordinamento croato. Il Codice penale croato, all'art. 151-bis prevede che «chiunque produca, venda, importi o esporti attraverso una rete informatica, o in qualsiasi altro modo metta a disposizione del pubblico materiali promozionali glorificanti il fascismo, il nazismo e altri totalitarismi, le organizzazioni e le ideologie che sostengono, promuovono o incitano all'odio, alla discriminazione o violenza contro qualsiasi individuo o gruppo sulla base di razza, colore, sesso, orientamento sessuale, origine nazionale o etnica, religione, convinzioni politiche o di altro, o per tali scopi possieda grandi quantità di questi materiali promozionali, sia punito con una multa o con la reclusione non superiore a un anno, salvo che il materiale di cui al paragrafo 1 del presente articolo sia preparato o messo a disposizione del pubblico per scopi di ricerca, artistici o scientifici o con lo scopo di segnalare eventi presenti o passati».

In Belgio, invece, nel 2003 le condotte discriminatorie sanzionate sono state ampliate anche alle specifiche fattispecie di natura omotransfobica. La Corte costituzionale belga con la sentenza 157 del 2004 ne ha dichiarate illegittime alcune di una precedente legge del 2003, e grazie a questa nel 2007 è stato approvato un nuovo pacchetto di leggi federali antidiscriminazione. Con la legge 10 maggio 2007 è stata riformulata la disciplina preesistente, comprendendovi fattispecie contro l'omofobia. All'art. 21 della suddetta legge viene fornita una definizione di discriminazione, la quale consiste in ogni forma di trattamento ingiustamente diversificato diretto o indiretto, fondato, tra i vari motivi, anche sull'orientamento sessuale e prevenendo la penalizzazione di atti e comportamenti discriminatori di natura omofobica come il reato di incitamento alla discriminazione⁷².

⁷² La legge 10 maggio del 2007 richiama l'art. 444 del codice penale belga, prevede una pena da un mese ad un anno di reclusione e/o un'ammenda da 50 a 1.000 euro, chiunque inciti alla discriminazione, all'odio, alla violenza o alla segregazione nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di una delle condizioni personali protette, tra cui l'orientamento sessuale; nonché il reato di discriminazione commessa da funzionario o pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di una delle condizioni personali protette, tra le quali l'orientamento sessuale.

La legge ha inoltre previsto che il movente fondato sull'orientamento sessuale sia una circostanza aggravante per alcune fattispecie di reato quali l'omicidio, la violenza, la violenza sessuale, gli atti persecutori, la diffamazione, l'incendio doloso, a calunnia, la profanazione di tombe, gli atti di vandalismo, ecc.⁷³

In Estonia, invece, il Codice penale prevede al suo art. 151 afferma che «chiunque pubblicamente inciti all'odio, alla violenza o alla discriminazione sulla base della nazionalità, della razza, del colore, del sesso, della lingua, dell'origine, della religione, dell'orientamento sessuale, delle opinioni politiche, dello stato finanziario o sociale, se questo si traduce in pericolo per la vita, per la salute o per la proprietà di una persona è punibile con la detenzione sino a 30 giorni o la pena pecuniaria fino a 300 quote; ma se dal fatto deriva la morte della vittima, si provocano danni alla sua salute o altre conseguenze gravi è prevista la detenzione fino a tre anni».

L'art. 152 punisce, invece, «ogni limitazione illegittima della libertà personale, o la concessione di illegittimi privilegi sulla base della nazionalità, razza, religione, origine etnica, del sesso, dell'orientamento sessuale, delle opinioni politiche, dello status sociale o finanziario con una pena detentiva fino a 30 giorni o una pena pecuniaria fino a 300 quote».

Il codice penale finlandese punisce invece «chiunque nella sua attività professionale, o nell'esercizio di un servizio pubblico, di pubblici poteri, di altra funzione pubblica o pubblicamente, senza giustificato motivo, rifiuti un servizio, rifiuti l'ingresso o allontani qualcuno nell'ambito di una riunione, ponga qualcuno in una posizione disuguale o sostanzialmente inferiore a causa della sua razza, dell'origine nazionale o etnica, del colore della pelle, della lingua, del sesso, dell'età, dei legami familiari, delle preferenze sessuali, delle disabilità o dello stato di salute, della religione, dell'orientamento politico, dell'attività politica o industriale o di altre circostanze analoghe». Anche il legislatore finlandese ha previsto che l'orientamento sessuale risulti essere una circostanza aggravante. Il Codice penale francese al suo art. 225-1 definisce la discriminazione come «qualunque distinzione effettuata tra persone fisiche a causa della loro origine, del sesso, della situazione

⁷³ Articoli 377-bis, 405-quater, 422-quater, 438-bis, 453-bis, 514-bis, 525-bis, 532-bis, 534-bis del Codice penale belga.

familiare, dell'aspetto fisico, del patronimico, dello stato di salute, di inabilità fisiche, di caratteristiche genetiche, della morale sessuale o dell'orientamento sessuale, dell'età, delle opinioni politiche, delle attività sindacali, o della loro appartenenza o non-appartenenza, vera o presunta, ad un determinato gruppo etnico, nazione, razza o religione»⁷⁴.

Lo scenario in Grecia, invece, si compone di una nuova legge, la 4139/2013, che ha modificato il precedente art. 79, per cui la commissione di un atto di odio nazionale, razziale, religioso, o a causa di un diverso orientamento sessuale della vittima, costituisce una circostanza aggravante. A seguito di confronti con gli esponenti delle comunità LGBT, nell'ordinamento penale greco è stato introdotto anche il termine "identità di genere" per tutelare in modo più efficace le persone transessuali in quanto vittime di discriminazioni. Inoltre, nel 2014, la legge contro il razzismo 927/1979 è stata modificata, prevedendo la reclusione da 3 mesi a 3 anni e una multa di € 5.000 a € 20,000 per chiunque utilizzi espressioni di odio e atti di violenza contro persone o gruppi LGBT.

Il codice penale lituano prevede invece all'art. 170 che «Una persona che, ai fini della distribuzione, produce, acquista, invia, trasporta, immagazzina o distribuisce articoli ridicolizzando, esprimendo disprezzo, incitando all'odio o alla discriminazione nei confronti di un gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o incitando alla violenza fisica nei confronti di tale gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a un anno>>. Il secondo comma sanziona con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la

⁷⁴ L'art. seguente prevede che le discriminazioni di cui all'art. 225-1 siano punite con la reclusione di tre anni o €45.000 qualora si concretizzino con il rifiuto a fornire beni o servizi, di ostacolare il regolare svolgimento di un'attività economica; con il rifiuto di assumere, di sanzionare o di licenziare una persona; di sottoporre la fornitura di beni o servizi a una condizione basata su uno dei fattori di cui all'articolo 225-1; di sottoporre un'offerta di lavoro, la domanda per la partecipazione ad un corso o ad un periodo di formazione sulla base di una delle condizioni elencate dall'articolo 225-1.

reclusione fino a due anni «chiunque ridicolizzi pubblicamente, esprima disprezzo, solleciti l'odio o inciti alla discriminazione contro un gruppo di persone o una persona appartenente ad esso in base al sesso, all'orientamento sessuale, alla razza, alla nazionalità, alla lingua, all'origine, allo stato sociale, alla religione, alle convinzioni o alle idee». Infine, per chi inciti pubblicamente alla violenza o ad un trattamento fisicamente violento di un gruppo di persone o di una persona appartenente ad esso per motivi riconducibili al sesso, orientamento sessuale, razza, nazionalità, lingua, origine, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o sostiene altrimenti tali attività, il terzo comma prevede la multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a tre anni.⁷⁵

L'art. 170 l nominato "Creazione e attività dei gruppi e delle organizzazioni volte a discriminare un gruppo di persone o incitare alle discriminazioni contro lo stesso" prevede che «chiunque organizzi un gruppo organizzato di complici o un'organizzazione che miri a discriminare un gruppo di persone dello stesso sesso, orientamento sessuale, razza, nazionalità, lingua, origine, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o incitamento contro o partecipa alle attività di un gruppo o di un'organizzazione o altrimenti supporta un tale gruppo o organizzazione è punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a un anno».

In Olanda è stato introdotto il 14 novembre 1991, l'art. 137c del Codice penale che punisce con la reclusione di un anno o con una multa fino a €4.500 chiunque pubblicamente diffami un gruppo per la sua razza, religione, credenze personali o il suo orientamento sessuale. Contestualmente, l'art. 137d punisce le condotte di incitamento all'odio, alla violenza e alle discriminazioni per motivi fondati sull'orientamento sessuale.⁷⁶

Nella Repubblica di Malta è stato introdotto l'art. 82 A nel codice penale, che punisce chiunque utilizzi parole o assuma una condotta offensiva o minacciosa, o diffonda qualsiasi materiale scritto o stampato con contenuti minacciosi od offensivi, o comunque assuma tali condotte, con l'intento di fomentare violenza od

⁷⁵ PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, cit., pag. 14.

⁷⁶ Ibidem.

odio contro altre persone o gruppi di persone per motivi di genere, identità di genere, orientamento sessuale, razza, colore, lingua, origine etnica, religione, convinzioni personali, opinioni politiche.

Lo scenario spagnolo prevede l'art. 510, il quale punisce con la reclusione da uno a tre anni e con la pena della multa da sei a dodici mesi (il cui calcolo deve essere effettuato secondo i criteri previsti dall'ordinamento spagnolo) chiunque provochi discriminazione, odio o violenza contro gruppi o associazioni a causa di motivi antisemiti, razzisti, omofobi, sulla base di qualsiasi ideologia, religione, origine etnica, malattia, inabilità fisica, genere, origine nazionale. Il secondo comma, invece, punisce chi, conoscendone la falsità, diffonda informazioni diffamatorie di gruppi o associazioni sulla base della loro ideologia, religione o convinzioni personali, appartenenza ad un gruppo etnico o ad una razza, nazionalità, genere, preferenza sessuale, malattia o inabilità. Anche il Codice penale spagnolo prevede nell'art. 72, che aver agito per ragioni di natura omotransfobica costituisca un'aggravante.

Lo scenario in Portogallo sul tema si caratterizza per la riforma del 2004, la quale ha incluso nell'art. 13 comma 2 della Costituzione portoghese, l'orientamento sessuale come caratteristica di ogni individuo vittima di discriminazione, oltre alle varie disposizioni che sanciscono il principio di uguaglianza e non discriminazione, nei campi della vita economica, sociale e politica. Nel 2007 il legislatore ha rafforzato i provvedimenti contro le condotte omofobiche, prevedendo il reato di incitamento alla violenza e alla discriminazione verso chiunque, in ragione della razza, dell'origine etnica, religione, orientamento sessuale, colore, etnia. Anche il Portogallo ha inserito i motivi fondati sull'orientamento sessuale come circostanza aggravante per alcune fattispecie quali l'omicidio aggravato e l'offesa aggravata all'integrità fisica.⁷⁷

In Romania è stato introdotto nel 2006 l'orientamento sessuale all'art. 317 del Codice penale come uno dei motivi penalmente sanzionabili.⁷⁸

In Slovenia, il Codice penale sanziona i comportamenti di chi «provochi pubblicamente o susciti l'odio, la discordia, l'intolleranza, o denigri qualsiasi altra

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

disuguaglianza in base all'orientamento sessuale» con la pena detentiva fino a due anni. L'art. 131, più in generale, vuole reprimere le condotte discriminatorie e le condotte in violazione del principio di uguaglianza. L'articolo afferma anche che l'orientamento sessuale e l'identità di genere consistono in caratteristiche dell'individuo che vengono tutelate dall'ordinamento.

Anche la Svezia prevede norme volte al contrasto delle discriminazioni, tra cui quelle fondate sull'orientamento sessuale. I motivi sull'orientamento sessuale, inoltre, configurano una circostanza aggravante.

Sulla stessa linea, dei Paesi pocanzi illustrati, vi sono l'Irlanda, l'Ungheria e la Scozia.

In alcuni Paesi, invece, le condotte di discriminazione nei confronti degli individui LGBT non sono esplicitamente previste come reato. Si tratta della Bulgaria, Germania, Lettonia, Lussemburgo, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia.

condotte di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale, prevedono nel loro ordinamento delle fattispecie a cui è possibile ricondursi in presenza di fattispecie di natura omofobica.

5. Opportunità dell'utilizzo dello strumento penale nella repressione delle condotte omotransfobiche

5.1. Introduzione alla problematica

Ebbene, il punto controverso su cui questo elaborato vuole incentrarsi è il ruolo del diritto penale nel contrasto alle condotte di natura omotransfobica e l'analisi sulla possibilità e utilità dello strumento penale per raggiungere gli scopi desiderati.

È innegabile come il diritto penale abbia una funzione preventiva, vale a dire che funge da deterrente nel compimento di specifici reati.

La previsione di una norma specifica nella repressione di una determinata condotta risulta essere, in via generale, di spiccata utilità, sia nel prevenire il compimento dei reati, sia nella repressione degli stessi.

Le condotte discriminatorie di natura omofobica non sono, invero, previste da una specifica norma incriminatrice. Queste, come già illustrato, sono riconducibili ad altre fattispecie dell'ordinamento. E a tal proposito, la funzione preventiva del

diritto penale viene meno in riferimento alle discriminazioni omofobiche. Ed è su questo fronte che spingono i sostenitori del Disegno di legge Zan.

Nell'analisi sulla "possibilità" di introduzione di una norma *ad hoc*, non è sufficiente fare una valutazione sulla legittimità della legge, bensì si renderà necessaria una valutazione anche sul profilo della congruenza politico-criminale e della razionalità legislativa.

Le condotte di natura omofobica rinvenute nella prassi sono già tutte previste da fattispecie già esistenti nel nostro ordinamento. Anche quelle ipotizzabili e non ancora verificate, non necessitano di una previsione *ad hoc*, poiché per questo fronte non risulterebbe esserci un vuoto normativo. Secondo una parte della dottrina, da una previsione ulteriore e specifica per le condotte di natura omofobica ne deriverebbe un corpo di norme ridondante e sovraccaricato.

La connotazione omofobica è inoltre riconducibile all'aggravante di cui all'art. 61 c.p. n.2 che ha ad oggetto i motivi abietti e futili⁷⁹. Sia in dottrina che in giurisprudenza è pacifico che tale circostanza soggettiva attribuisce rilievo al movente dell'azione criminosa, legando l'aumento di pena ad un particolare disvalore d'azione.

Anche un'interpretazione costituzionale ci consente di ricondurre la connotazione omofobica ai motivi abietti, qualora si consideri che la qualificazione di ripugnanza e spregevolezza può essere parametrata anche alla negazione dell'uguaglianza e della dignità della vittima.

L'interpretazione più consona al fine di evitare eccessivi moralismi nella riconducibilità della connotazione omofobica all'aggravante di cui all'art. 61 n.2. c.p., sembrerebbe essere quella in riferimento ai precetti costituzionali che verrebbero sacrificati. Ci si riferisce ad un'interpretazione che consideri come abietti, quei motivi caratterizzati da una negazione dei valori fondamentali della persona e connotati da dispregio. Tale sembrerebbe l'orientamento interpretativo preferibile, soprattutto alla luce delle moderne società multiculturali, nelle quali vi è il rischio di nuove "moralità collettive" dei gruppi di maggioranza.

⁷⁹ Il motivo abietto è quello che, secondo un sentimento comune, risulta ripugnante e spregevole. È futile, invece, il motivo che risulta essere sproporzionato rispetto al reato commesso.

Sembrerebbe, infine, che l'aggancio ai valori costituzionali, la cui connotazione oggettiva eviterebbe la discrezionalità con fattori soggettivistici e intuizionistici, 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'aggravante⁸⁰.

Un'ulteriore qualificazione del movente omofobico può rinvenire in una corretta valutazione dei motivi a delinquere⁸¹, previsti dall'art. 133 comma 2 n.1 c.p. tra gli indici fattuali di capacità a delinquere. Tramite la cultura del reo, e i diritti sanciti dalla Costituzione, è possibile effettuare un giudizio negativo sulla base del quale si commisura la pena, in ordine al valore dei motivi a delinquere.

Le vittime di discriminazioni di natura omofobica sono astrattamente più deboli e vulnerabili rispetto alla maggioranza. Tali condizioni sono rinvenibili anche nel concreto, nel caso in cui, ad esempio, il reo approfitti di una condizione oggettivamente sfavorevole alla vittima. Si pensi all'art. 61 n. 5 c.p.: l'aver approfittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa. Si tratta dei casi di minorata difesa, invocabile al fine di un compiuto adeguamento della fattispecie astratta al caso concreto.

La minorata difesa si rinviene qualora l'autore della condotta criminosa, approfitti di una condizione a lui vantaggiosa, come ad esempio circostanze favorevoli di tempo (ora notturna e oscurità), di luogo (località isolata), di persona (qualora la vittima si trovi in una condizione di debolezza fisica o psichica, o si età o altre condizioni). La vulnerabilità in concreto si può verificare, quando, ad esempio, si approfitti del fatto la vittima sia sola a fronteggiare più aggressori.

In giurisprudenza, inoltre, è stata data un'interpretazione estensiva all'aggravante di cui all'art. 3 della Legge Mancino, denominato "finalità di discriminazione". La disposizione adoperata sembrerebbe assumere una portata ristretta i cui termini sono i seguenti: «finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso». Anche se, come detto, la disposizione sembrerebbe assumere una portata

⁸⁰ RICCIARDI G., *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti di intervento penale*, cit., pag. 13.

⁸¹ DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 330 ss.

ristretta, si è optato per un'interpretazione estensiva, per cui non fossero riferibili solo i moventi enunciati, bensì i moventi caratterizzati da odio in generale, dando così una portata più ampia al dettato e per cui consentirebbe di criminalizzare anche le condotte di natura omofobica.

Questo orientamento giurisprudenziale, però, è rimasto isolato. L'interpretazione fornita non sembrerebbe andare in accordo con le recenti affermazioni della Corte di Strasburgo in tema di *hate speech* per cui la mancanza di una base legale che legittimi l'interferenza con la libertà di espressione. Per lo più l'interpretazione estensiva, in tal caso, risulterebbe essere in *malam partem*.

Inoltre, l'interpretazione estensiva risulterebbe in contrasto con altre due argomentazioni. La prima assume un 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, invece, assume un carattere letterale, per cui il dettato della norma utilizza la disgiuntiva "o" ai due sostantivi "discriminazione o odio". Se il legislatore avesse voluto ritenere i moventi qualificanti soltanto all'odio, avrebbe utilizzato l'avversativa "ovvero", che invece è stata utilizzata successivamente per la previsione di un'ulteriore finalità aggravante.

In conclusione, l'interpretazione estensiva assume un carattere analogico, in pieno contrasto con i principi del nostro ordinamento penale.

5.2. Obblighi e divieti di incriminazione

Non sembrerebbero sussistere degli obblighi di incriminazione che impongano un intervento del legislatore italiano. Momentaneamente sono previsti strumenti di *soft law* volti alla lotta contro la discriminazione di natura omotransfobica e, a tal proposito, le risoluzioni del Parlamento europeo non si esprimono favorevoli nell'utilizzo dello strumento penale, ma sollecitano l'adozione di strumenti di contrasto all'omofobia e transfobia.⁸² Vincoli più forti sussistono, invece, in riferimento al razzismo e alla xenofobia, rispetto ai quali era stata approvata una decisione quadro (n. 2008/913/GAI del 28 novembre 2008) sulla lotta contro talune

⁸² PELISSERO M., *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 2015, fasc. 1, p. 15.

forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. L'assenza di obblighi, però, non va però confusa col fatto che norme penali specifiche sono delegittimate sul piano sovranazionale. Da questo punto di vista è, pertanto, del tutto legittimo un intervento del legislatore.

È sul rapporto tra la libertà di manifestazione e la volontà di punire le condotte di natura omotransfobiche che si concentra, come ampiamente spiegato, il dibattito pubblico e che costituisce un punto nevralgico di non trascurabile importanza.

Come però affermato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo «non costituisce ingerenza illegittima nell'esercizio della libertà di espressione condannare chi rende dichiarazioni di incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. Il diritto di cui all'art. 10 CEDU incontra un limite invalicabile nel rispetto dei valori fondamentali di una società democratica, quali la tolleranza e il rispetto dei diritti altrui. Pertanto, a condizione che le pene siano proporzionate, è legittimo che gli stati membri si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia»⁸³

5.3. La questione del principio di offensività

Uno dei problemi che si pone in riferimento all'utilizzo dello strumento penale nel contrasto all'omotransfobia, risiede nel concreto rischio della trascuranza del principio di offensività. Principio, questo, fondamentale per l'ordinamento penale e che consente nell'individuare i comportamenti che possono essere legittimamente dissuasi attraverso il deterrente della pena.⁸⁴ Il principio prevede che «non vi può essere reato senza che offesa a un bene giuridico>>, cioè «a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo». Il legislatore non può punire nessuno “per quello che è” o per “quello che vuole”, ma può punire solo fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico.

La Corte Costituzionale ha attribuito al principio di offensività rango costituzionale come vincolo, sia per il giudice che per il legislatore, definendo il principio di offensività in astratto e in concreto. Il legislatore ha infatti il dovere di reprimere

⁸³ Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*.

⁸⁴ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2018, p. 10.

solo quei fatti che si presentino con un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (offensività in astratto), mentre il giudice, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo in astratto, dovrà evitare che in quest'ultimo ricadano comportamenti privi di capacità lesiva (offensività in concreto).⁸⁵ Tale disciplina del principio dovrà essere applicata anche alle circostanze aggravanti.⁸⁶

Inoltre, il canone in esame assume il ruolo sempre più significativo di stimolo ad un controllo contenutistico delle norme penali: ciò rappresenta la “maturazione” di un principio che si adegua ad una legislazione “ideologicamente” democratica che tende sempre di più a limitare e restringere gli spazi di libertà.⁸⁷

Ebbene, il principio di offensività viene in rilievo anche in riferimento all'opportunità di approvazione della legge contro l'omotransfobia, poiché, secondo alcuni, il rischio risiederebbe nella non lesività delle condotte incriminate. L'importanza fondamentale di una concretizzazione corretta della dimensione prescrittivo-legislativa del principio viene in rilievo sotto due profili principali: il primo risiede in una corretta tecnica di tipizzazione legislativa, rispettosa del principio, e capace di includere elementi di fattispecie connotanti l'offesa, e allusivi di un bene giuridico afferrabile. Ciò consentirebbe di non eludere il principio in sede di interpretazione. In altri termini, descrivendo la fattispecie incriminatrice mediante canoni che rispettino il principio di offensività, si potrebbe finire per incriminare condotte di “pericolo in astratto”, del sospetto, del mero rischio, o dell'atteggiamento interiore, poiché offensive di bene “intermedi” e “strumentali”, di “funzioni” o di “entità immateriali”.

⁸⁵ Si veda MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; RICCARDI G., *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure concedendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 1113.

⁸⁶ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2018, p. 11.

⁸⁷ PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, passim; SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, pag. 11 ss.

Sulla base di ciò va sottolineato che la rilevanza del principio di offensività nell'analisi delle scelte di criminalizzazione in materia di omotransfobia si coglie, principalmente, nell'individuare un afferrabile bene giuridico tutelato che sia idoneo a giustificare l'intervento penale.

Identificare la dignità umana come bene giuridico da tutelare, rischia di legittimare qualsivoglia scelta di criminalizzazione, in virtù dell'ampiezza del concetto.⁸⁸ Inoltre, questo consentirebbe di assecondare tecniche di tipizzazione non rispettose del principio di offensività, in quanto misurate sulla punizione di meri atti preparatori, o di condotte il cui disvalore risiede nell'atteggiamento interiore dell'autore.⁸⁹

Il rischio risiederebbe che lo sbilanciamento delle fattispecie sulle componenti soggettive possa dar adito a prassi interpretative che, nell'attenuazione e nella adattabilità del bene giuridico tutelato, e nella difficoltà di verificare le componenti soggettive del fatto (il movente omofobico), giungano a costruire un'offesa cancellando in via interpretativa elementi di fattispecie non suscettibili di aggiramento interpretativo.⁹⁰

5.4. Il principio di materialità

Strettamente collegato al principio di offensività vi è il principio di materialità (art. 25 co. 2 Cost.), che consente di incriminare solo fatti materiali e comportamenti umani che si estrinsechino nel mondo esteriore, e di conseguenza suscettibili di percezione sensoria.⁹¹ Da ciò ne deriva, di conseguenza, l'incostituzionalità dei reati di sospetto e dei reati omissivi propri, le fattispecie di condotta neutra o lecita che sono caratterizzate dal disvalore dei "motivi" e sull'elemento soggettivo.

In particolare, la rilevanza di tale principio risiede essenzialmente in quelle disposizioni che, proponendo una fattispecie autonoma di reato, basata sul paradigma dei reati di discriminazione razziale, delinea tra le condotte punibili, il reato associativo riguardante i gruppi, movimenti e associazioni aventi tra i loro

⁸⁸ RICCARDI G., *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., pag. 25.

⁸⁹ Ci si riferisce al c.d. movente omofobico.

⁹⁰ RICCARDI G., *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., pag.24.

⁹¹ MANTOVANI F., *Diritto penale – P.G.*, Cedam, 1992, pag. 2013 ss.

scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza fondata "sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere", e le fattispecie sui "motivi" soggettivi dell'autore.⁹²

Dunque, anche in riferimento al principio di materialità sorgono delle problematiche di carattere costituzionale che si addensano sulla scelta della politica di tutela che, anticipando in maniera eccessiva la soglia del penalmente rilevante, finiscono per punire l'istigazione, o per concentrare l'impronta penale sulla "componente oggettiva" del fatto piuttosto che sulla condotta.⁹³

5.5. Un diritto penale simbolico?

Sulla base di quanto illustrato, è possibile riflettere su delle conclusioni provvisorie sulla possibilità di introdurre una disciplina specifica nel contrasto all'omofobia.

Non sembrerebbe esserci, sulla base di quanto appena discusso, una necessità di colmare un vuoto normativo. La situazione che si presenta nell'ordinamento penale non è "vergine"⁹⁴, in quanto le vittime di discriminazioni fondate su motivi omofobici non risulterebbero sprovvisti di tutela⁹⁵.

La previsione di una norma penale specifica per l'omofobia configurerebbe, sulla base di quanto illustrato, un ulteriore diritto penale simbolico. E per tale ci si riferisce ad un diritto la cui funzione non risulti essere di utilità ed efficacia concreta, bensì risulterebbe solo rassicurante nei confronti della collettività.

Il diritto penale, infatti, è stato spesso utilizzato come "comodo rimedio d'emergenza"⁹⁶ che interviene per risolvere situazioni il cui controllo risulterebbe essere più oneroso e complesso.

⁹² RICCARDI G., *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure concedendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 1113, p. 26.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ RONCO M., *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in *www.lanuovabq.it*, 2013.

⁹⁵ La tutela nei confronti delle vittime di discriminazioni omotransfobiche è riconducibile alle fattispecie di reati contro il patrimonio, a tutela della persona, dell'onore e ad alcune aggravanti comuni. Per queste ultime è pacifica l'applicazione anche ai reati di matrice omotransfobica.

⁹⁶ FIANDACA G., *Relazione introduttiva a A.A.V.V., Verso un nuovo Codice penale*, Milano, 1993, p. 15.

Sono numerosi i casi in cui il legislatore ha adottato delle sanzioni penali inidonee per prevenire la commissione dei reati. Tale scelta legislativa spesso è adottata in quanto capace a fornire rassicurazione ai cittadini rispetto a forme di criminalità di immediata percezione.

Il nodo centrale alla base della critica del diritto penale simbolico risiede sul rapporto politica criminale-consenso sociale⁹⁷. Il consenso dei consociati gioca un ruolo fondamentale nelle società moderne, democratiche e pluralistiche, in cui le norme giuridiche sono frutto di grandi processi finalizzati alla composizione di interessi di varia natura. Questo vale ancora di più per il diritto penale, in quanto si pone necessario per la tutela di beni giuridici, ma allo stesso tempo può configurarsi come lesivo di altri.

Il fenomeno dell'ipercriminalizzazione simbolica si pone tra il consenso e la funzione punitiva e si manifesta come risposta da parte del legislatore ad una crescente richiesta di pena, derivata dall'opinione pubblica e amplificata dalla trattazione strumentalizzata da parte dei *mass media*.

Il fondamento di queste norme penali risiede spesso nell'interesse del pubblico dei *mass media* per fatti riguardanti criminalità da contatto, violenta e predatoria. E ciò è quanto sta avvenendo in questi mesi in Italia. Il dibattito sulla proposta di legge Zan concentra su di sé l'attenzione collettiva, suscitando forti clamori e reazioni a seguito delle decisioni delle istituzioni.

Il clamore con cui i *mass media* trattano argomenti di questo tipo e la reazione del pubblico comportano direttamente degli effetti nel diritto penale. Inoltre, il sentimento di pericolo da parte dei consociati risulta essere spesso un fattore di aggregazione, suscitando così un consenso nei confronti di chi pone una soluzione per la sicurezza di chi si sente intimorito dalla minaccia.

In riferimento ad una precedente proposta di legge non approvata nel contrasto all'omotransfobia, l'AS 1052, conosciuta anche come DDL Scalfarotto, si

⁹⁷ Sul dibattito politica criminale-consenso sociale: PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, fasc. 3, pag. 849-922; MUSCO E., *Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione?* in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. 1945-1990*, vol. 2, a cura di BASSIUNI M.C., LATAGLIATA A.R., STILE A.M., 1991, vol II, pag. 5-29.

pronunciò Andrea Pugiotto in tali termini: «Si può anche condividere quest'uso del diritto penale, sostenendo che la selezione del bene giuridico tutelato, e la dosimetria sanzionatoria decisa per la sua lesione, è sempre un segnale culturale circa la scala di valori che il legislatore intende implementare e difendere. Ma non è questa la funzione di un diritto penale liberale. Scrivere una legge penale non è fare ideologia, ma è – innanzitutto – scrivere una legge. E la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l'uso del reato e della pena in chiave pedagogica, perché non deve imporre valori con la minaccia della spada, semmai mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico»⁹⁸.

È inoltre altrettanto vero che il diritto penale ha da sempre una funzione simbolica presso i suoi destinatari e ciò è indiscutibile. L'introduzione della norma contro l'omotransfobia implicherebbe che la collettività percepisca l'importanza del bene giuridico, e di conseguenza si rafforzerebbe la disapprovazione sociale delle condotte che lo aggrediscano.

L'estensione del diritto penale alle fattispecie omotransfobiche comporterebbe «una dichiarazione chiara da parte della nostra società circa l'intollerabilità di questi reati» e costituirebbe un modo per «per affermare la pari dignità dei cittadini gay e delle cittadine lesbiche»⁹⁹. Sulla stessa linea si è collocato il pensiero dell'OCSE, in cui ha affermato che le *hate crime law* sono fondamentali in quanto, attraverso la norma penale viene veicolato il messaggio verso la vittima e il gruppo che il sistema della giustizia penale li tutela.

5.6. La funzione promozionale del diritto penale

In sintesi, abbiamo analizzato come, in assenza di un vuoto normativo da colmare, lo strumento del diritto penale nel contrasto agli *hate crimes* omofobici risulterebbe

⁹⁸ Così PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, 2015, fasc. 1, pag. 9.

⁹⁹ Così NUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005, p. 343. Del resto, il valore simbolico del disegno di legge non approvato, AS 1052, è stato confermato dal proponente on. Scalfarotto: la legge antiomofobia, ha affermato, mira a «dare un segnale di inclusione e di rispetto non solo alle persone interessate ma a tutto il paese. È uno di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità».

configurare un ulteriore diritto penale simbolico che servirebbe, più che per fornire un'effettiva tutela, a rassicurare i consociati e le vittime di tali discriminazioni. Il diritto simbolico veicola il messaggio verso le vittime che non sono sprovviste di tutela. Allo stesso tempo, una norma contro l'omotransfobia evidenzerebbe anche l'importanza del bene giuridico tutelato, che in questo caso configurerebbe la dignità della persona.

Contestualmente, nei confronti del diritto penale simbolico, è stata sollevata in dottrina una critica: quella della funzione promozionale.

Se è vero che lo strumento del diritto penale venga attuato per il contrasto alle condotte discriminatorie di connotazione omofobica a seguito di una richiesta sociale insistente, è vero anche che tale strumento potrebbe configurare il rischio di assumere una funzione promozionale. E ciò potrebbe accadere qualora la disapprovazione sancita dalla norma penale non sia presente anche nella coscienza sociale. Questo rischio riguarda principalmente le norme che introducono nuovi reati di opinione nelle forme dell'istigazione a commettere atti di discriminazioni per motivi di omofobia e transfobia, anche qualora dopo l'istigazione non si configuri la commissione del fatto. Tali tipologie di norme anticipano la punibilità alla mera opinione, e di conseguenza colpisce l'autore non in virtù di un danno empiricamente dimostrato, bensì per l'espressione di un pensiero il cui contenuto è considerato *ex ante* riprovevole. Sembrerebbe, così, che il legislatore voglia imporre una determinata opzione di valore.

Lo scopo della legge contro l'omotransfobia vuole contribuire alla creazione di una società moderna e alla cultura di una comunità, ed è dunque innegabile come la funzione promozionale sia configurabile. Ciò configura una tipologia di reato in cui si prevale sulla dimensione strumentale e "conservativa" di un diritto punitivo conforme ai principi costituzionali e rivolto alla protezione di un bene giuridico da lesioni attuali oppure o da concrete minacce di lesione.

L'utilizzo del diritto penale in forma promozionale comporterebbe anche il venir meno della funzione general preventiva dello stesso. Il diritto penale, infatti, è necessario al fine di contrastare fenomeni consolidati a livello sociale.

La funzione promozionale del diritto penale, invece, implicherebbe la punibilità di un bene giuridico anche in assenza di una sua idoneità lesiva, mirando a

promuovere l'affermazione di valori non ancora consolidati nell'ambito della coscienza sociale.

5.7. Lo strumento penale al fine rieducativo

Un'ulteriore punto di riflessione che merita attenzione riguarda l'utilizzo del diritto penale al fine educativo.

Sebbene sia consolidato come la pena prevista per una determinata condotta debba avere uno scopo rieducativo, questo strumento non sembrerebbe essere quello idoneo a prevenire ogni genere di condotta illegittima.

In un Paese democratico il diritto penale non può essere utilizzato come strumento educativo o moralizzante, e questo, come consolidato, deve essere utilizzato come strumento di *extrema ratio* solo qualora tutti gli altri strumenti posti a disposizione si siano rivelati inefficaci.

Al riguardo è bene affermare come le pene previste dal DDL Zan, ovvero la pena della reclusione da uno a sei anni e la multa di €6000, potrebbero risultare sproporzionate¹⁰⁰ e irragionevoli rispetto alla condotta del reo.

E in effetti la reclusione fino a sei anni risulterebbe totalmente sproporzionato rispetto alle condotte incriminate.

La pena più efficace, proporzionata e ragionevole non sembrerebbe di sicuro essere quella della reclusione. Ciò su cui bisognerebbe lavorare, piuttosto, è sulla cultura dei consociati, attuando quindi gli strumenti sociali e culturali al fine di prevenire *ex ante* casistiche di discriminazioni omotransfobiche.

Prevedendo, invece, ulteriori reati di opinione, si rischia di aumentare l'incertezza e di contribuire alla creazione di un diritto ancora più confuso.

¹⁰⁰ Il principio di proporzionalità trae origine dalla Costituzione, nonostante non sia espressamente previsto da questa. Diverso è invece quanto prevede la Carta di Nizza che all'art. 49 comma 3, lo dichiara espressamente. È un principio che ben si appresta alla verifica della congruità della pena prevista dal legislatore rispetto al fatto di reato. Secondo quanto previsto dalla Carta di Nizza «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

5.8. Considerazioni conclusive

La giustificazione dell'utilizzo del diritto penale allo scopo della pena risulta essere da sempre una questione aperta nella storia dei sistemi punitivi. L'utilizzo di questo strumento può configurare un "arma a doppio taglio", in quanto si impone un necessario sacrificio dei diritti e delle libertà per la difesa sociale.

Le pene hanno una funzione preventiva di carattere sia generale che speciale. In particolare, la funzione preventiva generale della pena ha come obiettivo quello che, comminando sanzioni per determinate condotte, la commissione degli stessi diminuiscono. La minaccia di una pena frena i soggetti nella loro tendenza a delinquere. La funzione preventiva speciale consiste invece, nella capacità della pena di dissuadere il reo alla commissione di ulteriori reati. La funzione preventiva generale e speciale della pena sono i due poli del diritto penale moderno "orientato alle conseguenze".

In contrasto col diritto punitivo, si pone il diritto penale simbolico, che anziché fornire un'effettiva tutela, ha una funzione di rassicurazione nei confronti dei consociati. Questo consiste in un modello meramente declaratorio di politica criminale, che non tiene conto delle effettive possibilità di ottenimento di risultati preventivi.

Il diritto penale simbolico è il risultato di una situazione di allarme sociale, amplificata dalla trattazione strumentalizzata da parte dei mass-media, e per cui viene richiesto l'intervento dello strumento penale come rassicurazione nei confronti dei consociati. L'intervento mediante strumenti alternativi come quelli culturali e sociali risulterebbero più complessi e onerosi.

L'utilizzo del diritto in questa modalità non è esente da problematiche. Il rischio a cui si va incontro è di sicuro la diminuzione di credibilità da parte della collettività nei confronti del diritto penale. Una previsione eccessiva del diritto penale simbolico a fronte di quello effettivo aumenta il tasso di inflazione di tale strumento e per lo più, introduce una mera illusione tra i consociati, in quanto le norme di diritto penale simbolico prevedono molto meno di ciò che permettono.

Il fine del diritto penale simbolico, in sintesi, è quello di lanciare un messaggio nei confronti dei destinatari delle norme, attraverso i poteri statuali.

Gli scopi del diritto penale simbolico sono molteplici: assicurare i cittadini rispetto a forme di criminalità di più immediata percezione, rispondere a fenomeni sociali di nuova emersione, risolvere conflitti per cui è richiesto un adeguato intervento di politica sociale, rafforzare le identità collettive di determinati gruppi mediante le affermazioni di valori che stanno perdendo mordente nella coscienza collettiva, oppure per sancire principi che non sono ancora recepiti in modo adeguato.

Tali fini possono essere raggiunti mediante leggi pacificatorie, leggi reattive, leggi emotivo-conflittuali, leggi di appello morale e leggi promozionali.

In dottrina è stato fortemente denunciato il disequilibrio che si è venuto a creare tra diritto penale simbolico e strumentale. Al riguardo è stato dichiarato che «le funzioni simboliche perseguite con la legge penale diventano sempre più indipendenti dalla reale natura dei conflitti e dei problemi in relazione ai quali i simboli vengono prodotti».¹⁰¹ Secondo quanto affermato si rinviene che si è in presenza di una inversione metodologica del diritto penale, per cui non è più lo strumento mediante il quale risolvere i conflitti, bensì è diventato l'occasione per la politica di populismo penale che veicolano il messaggio di lotta al crimine, ma in fin dei conti incapaci di prevenire fatti dannosi o pericolosi.

Applicando questi principi nel caso specifico di cui questo elaborato ha lo scopo di analizzare, è possibile affermare come il DDL Zan, e in generale una norma per il contrasto alle condotte discriminatorie di connotazione omotransfobica, risulterebbe configurare un ulteriore diritto penale simbolico, alla luce del fatto che tali condotte sono riconducibili ad altre fattispecie di reato già previste del Codice penale.

Al fine di valutare la concreta possibilità di approvazione della legge contro l'omotransfobia, è opportuno prima analizzare ciò che il disegno di legge prevede. Di questo ci occuperemo nel seguente capitolo.

¹⁰¹ BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano 1990, pag. 47.

CAPITOLO III

EVOLUZIONE LEGISLATIVA IN ITALIA NEL CONTRASTO ALL'OMOTRANSFOBIA E ANALISI DEL DDL ZAN ARTICOLO PER ARTICOLO

1. Introduzione

Sono state analizzate sino ad ora, da un lato le disposizioni a livello nazionale e sovranazionale che fungono da pilastri a sostegno dell'emanazione della legge contro l'omotransfobia, dall'altro le problematiche che questa invece comporterebbe. In breve, a livello nazionale troviamo l'art. 3 Cost. che sancisce l'uguaglianza dei cittadini e la loro dignità, e che, come il dettato costituzionale dichiara «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». L'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. deve essere attuata e garantita mediante previsioni normative che ne garantiscano l'attuazione.

A sostegno di una legge contro l'omotransfobia vi sono ulteriormente l'art. 14 CEDU, che sancisce il principio di non discriminazione, il relativo protocollo addizionale n.12 e gli art. 20 e 21 della Carta di Nizza, che sanciscono il più ampio principio di uguaglianza.

Dall'altro lato, l'approvazione della legge contro l'omotransfobia comporterebbe delle problematiche penalistiche non indifferenti. Secondo alcuni autori questa rischierebbe, di introdurre un nuovo reato di opinione che, come analizzato, pone problematiche con l'art. 21 Cost.

Un ulteriore problematica consiste anche nel fatto che nel Codice penale sono presenti delle fattispecie di reato a cui le condotte discriminatorie di natura omotransfobica sono riconducibili. Inoltre, anche l'aggravante dei motivi abietti e futili è applicabile a tali casi di discriminazione. L'emanazione della disciplina *ad hoc* per i fenomeni di natura omotransfobica consisterebbe in un diritto penale

simbolico, la cui presenza nel nostro ordinamento è già molto diffusa. L'utilità di questo strumento non è indifferente. Il diritto penale simbolico è utile alla rassicurazione delle vittime di tali condotte, e allo stesso tempo è utile alla percezione nei confronti dei destinatari della norma, dell'importanza del bene giuridico tutelato. L'eccessiva previsione di un diritto penale simbolico, però, ha come "effetto collaterale" quello della perdita di credibilità nei riguardi della giustizia penale.

Diverse critiche sono state mosse in riferimento all'utilizzo dello strumento penale nel contrasto all'omofobia e alla transfobia. Una delle più diffuse riguarda la critica sullo strumento penale al fine promozionale. La critica che qui viene mossa si ha in riferimento al fatto che non si riscontra una vera e propria "emergenza omofobia" e dunque lo strumento non verrebbe attuato per dare una tutela ad un sentimento già consolidato tra i consociati, bensì anticiperebbe tale momento mediante la promozione del principio a tutela di una determinata situazione di pericolo, ancor prima che questa effettivamente si verifichi.

Un'altra critica mossa nell'utilizzo del diritto penale per contrastare queste discriminazioni si ha in riferimento all'utilizzo della pena come strumento educativo. Nel contrasto alle condotte discriminatorie omotransfobiche risulterebbero essere decisamente più efficaci strumenti educativi e sociali, piuttosto che le pene. I primi però, sono strumenti più onerosi complessi.

In questa sede verrà analizzato il T.U. Zan, e dunque le modifiche che questo, in caso di approvazione, apporterebbe agli art. 604-bis e 604-ter.

2. L'odio e l'evoluzione legislativa in Italia

2.1. La parola "odio"

A scopo introduttivo si ritiene utile analizzare il sentimento dell'odio il quale è sempre esistito, ma negli ultimi tempi il termine "odio" vanta una risonanza mediatica di cui pochi altri sono caratterizzati.

La parola è antica e il sentimento è primordiale¹ ma, nonostante ciò, sembrerebbe che non si è mai odiato come negli ultimi tempi.

¹ FREUD S., *Al di là del principio di piacere* (1929), trad. it. di Durante A., Tascabili Economici Newton, 1993.

Negli ultimi anni in Italia questo sentimento risulta essere mediaticamente sovraesposto. In altri termini, non si è mai assistito a così tanto odio in pubblico come adesso. Una delle ragioni che indubbiamente ha contribuito alla sovraesposizione del fenomeno risiede nell'esistenza di diversi canali che rendono possibile o più agevole l'emersione verbale dell'odio in pubblico.²

La comunicazione tramite i social media ha mutato e cambiato in modo significativo il discorso pubblico e, come definito da Spena «oggi, non è più soltanto quel che passa per le vie, più o meno ufficiali, della pubblicistica tradizionale (dall'intervista all'inchiesta giornalistica, dal talk-show alla rubrica settimanale dell'opinionista di turno): chiunque, mettendo un like, condividendo un link, gestendo un blog, rilasciando un commento in calce a questo o a quel post, ma anche semplicemente chattando su Facebook, oppure twittando, alimenta una iterazione di discorsi, una miriade di conversazioni che si citano e si rimbeccano all'infinito e che in tal modo, anche quando nascono nell'ambito di un dialogo uno-a-uno, finiscono facilmente per debordarne - complici condivisioni e diffusioni varie - e per assumere tratti, più o meno netti, di pubblicità. Attraverso questa, che chiamerei pubblicità per iterazione, si danno oggi moltissime più possibilità di quante non se ne dessero ancora una ventina di anni addietro di parlare in pubblico, di rendere pubblico il proprio pensiero: social network come Facebook, Twitter o Instagram sono strumenti di pubblicizzazione della comunicazione grazie a (o a causa de) i quali buona parte di quelle conversazioni che in passato avrebbero avuto carattere privato oggi, di fatto, avvengono in un luogo (virtuale) tendenzialmente aperto a tutti».³

Ad aggiungersi, quindi, alle tradizionali modalità di comunicazione, vi sono i social media grazie ai quali viene resa quasi inarrestabile dire la propria che, in ampia parte dei casi, si configura in una modalità di comunicazione pericolosa e lesiva dei diritti altrui. I sentimenti di odio sembrano avere una così spiccata tendenza ad emergere attraverso le nuove vie della conversazione in pubblico.

² SPENA A., *La parola odio. Sovra esposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pag. 577.

³ *Ibidem*.

2.2. La Legge Reale

Preme fare chiarezza, in questa sede, circa l'evoluzione legislativa sul contrasto ai fenomeni d'odio che hanno oggi portato alla redazione di un disegno di legge volto al contrasto dell'omofobia in Italia.

Lo scenario italiano, infatti, si caratterizza per il fatto che sin dalla seconda metà del ventesimo secolo lo Stato si è attivato per contrastare i fenomeni basati sul sentimento d'odio presentando, però, un vuoto nelle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

L'Italia resta, nello scenario europeo, uno dei pochi Paesi privo di una disciplina specifica nel contrasto ai fenomeni omotransfobici. A partire però dal 1966, anno della firma della Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale di New York, in Italia iniziò un processo legislativo il cui risultato fu la promulgazione della legge 654 del 1975, meglio nota come Legge Reale⁴.

L'intervento legislativo di ratifica muove dall'impegno assunto dagli Stati firmatari della Convenzione, che obbliga detti Stati a «dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento», nonché a «dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività»⁵.

All'art. 3 della legge si sanzionava con la reclusione fino a quattro anni, salvo che il fatto non costituisse più grave reato, chi avesse diffuso in qualsiasi modo idee

⁴ SPENA A., *La parola odio. Sovra esposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, cit., pag. 587.

⁵ PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pag. 2.

fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e chi avesse incitato in qualsiasi modo alla discriminazione, chi avesse incitato a commettere o avesse commesso atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale; e con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello "di incitare all'odio o alla discriminazione razziale". Si prevedeva, invece, per i capi e per i promotori di tali organizzazioni o associazioni una pena più elevata. Solo successivamente, come si vedrà nel paragrafo a seguire, la disciplina sanzionatoria venne attenuata.

Sin da subito, la legge Reale presentava dei rilievi critici non indifferenti. In particolare, si mosse la critica che questa legge, incriminando "la diffusione delle idee" razziste e l'"incitamento", violasse il principio di determinatezza e in cui vi fosse un contrasto tra vari principi generali di portata costituzionale: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e il principio di libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

2.3. La Legge Mancino

Successivamente, nel 1993, fu emanata la legge Mancino che costituisce l'intervento normativo a carattere antidiscriminatorio di più ampia organicità.⁶

Questa apportò delle modifiche all'art. 3 della legge 654 del 1975 e, in particolare, intervenne al fine di attenuare la disciplina sanzionatoria. In un quadro di diminuzione delle conseguenze sanzionatorie, vengono distinte le condotte di mera "diffusione delle idee" e di mero "incitamento alla discriminazione", punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o violenza, o provocazione alla violenza, punite invece più gravemente.

⁶ Numerosi i contributi critici in dottrina a proposito della legge Mancino: tra i tanti, ZAVATTI P. – TRENTI A., *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1995, fasc. 4, pag. 565 ss.; DE FRANCESCO G., *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 1994, fasc. 2 (giugno), pag. 216-217.

Fu poi estesa l'applicabilità della legge anche alle fattispecie discriminatorie di connotazione religiosa⁷, e fu effettuata una differenziazione sanzionatoria tra le condotte di diffusione di idee e incitamento alla discriminazione e incitamento alla violenza, o di violenza, o di provocazione alla violenza⁸.

Analoghe modifiche in riferimento alla disciplina sanzionatoria furono apportate al capoverso 3 dell'art. 3 c. 1 l. 654/1975, che punisce chi a vario titolo partecipa ad associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi aventi finalità discriminatorie. Il quadro sanzionatorio è inoltre stato completato mediante l'inserimento di sanzione accessorie a carattere prevalentemente rieducativo

Rispetto alla legge precedente, la Legge Mancino ha inoltre introdotto una nuova fattispecie di reato costituita dalla condotta di chi «in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3».

2.4. La legge 85/2006

Nella più ampia e complessa modifica apportata al Codice penale in tema di reati di opinione, la legge 85/2006, all'art. 13, ha modificato l'art. 3 comma 1 della legge 654/1975.

Come già analizzato al secondo capitolo, la novella, introducendo novità significative sui reati di opinione, ne ha modificato gran parte della disciplina, con l'obiettivo principale di innalzare il tasso di democrazia dell'ordinamento giuridico italiano tramite l'eliminazione di una serie di reati in contrasto col principio costituzionale di libertà di manifestazione del pensiero.⁹ Le modifiche apportate

⁷ MORASSUTTO L., *Omofobia e medioevo italiano*, in *GenIus*, 2015, fasc. 1, p. 65.

⁸ Il nuovo testo dell'articolo 3 comma 1 della legge 654/1975, puniva infatti con la reclusione sino a tre anni «chi di onde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; con la reclusione da sei mesi a quattro anni «chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

⁹ Numerose critiche in merito alla 85 del 2006 si riscontrano in: INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in INSOLERA, a cura di, *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pag. 135 ss.; PULITANÒ D., *Riforma dei*

alla legge Mancino furono diverse. Per iniziare fu ridotta ulteriormente la disciplina sanzionatoria e la condotta incriminata fu resa ulteriormente definita passando dalla “diffusione in qualsiasi modo” alla “propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico”, dall’“incitare” all’“istigare a commettere” o “commettere” atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.¹⁰

La sostituzione di queste locuzioni ha comportato un sostanziale mutamento della portata applicativa della norma.

Secondo la giurisprudenza il termine “propaganda” invocherebbe un concetto più specifico rispetto alla mera diffusione, in quanto presumerebbe un’organizzazione di mezzi e l’attuazione di una molteplicità di interventi. La scelta di sostituire le locuzioni precedenti è frutto di una volontà per restringere il campo del penalmente rilevante e per cui si sarebbe rischiato di punire una mera espressione di un’opinione. Per propaganda si intende la diffusione di messaggi che abbia come scopo l’influenza delle idee ed i comportamenti dei destinatari e dunque di raccogliere consensi intorno all’dea divulgata, per condizionare o influenzare il comportamento e la psicologia di un vasto pubblico. L’istigazione, invece, rispetto al mero incitamento è connotato ad un livello minimo di idoneità ad influire sulle condotte e sulle altrui convinzioni. Punendo l’istigazione, piuttosto che l’incitamento, sembrerebbe esprimere la volontà di punire pensieri fattivi che si estrinsecano tramite un elemento aggiuntivo rispetto alla mera manifestazione.

Appurato quanto non appena affermato, la legge 654 del 1975 non punisce le discriminazioni di connotazione omofobiche.

reati di opinione? in *Corr. giur.*, 2006, pag. 745 ss.; PADOVANI T., *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 14, pag. 23 ss.; PELISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, fasc.8, pag. 960 ss.; NOTARO D., *Analisi delle modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, pag. 401 ss.

¹⁰ PESCE F., *Omofobia e legge penale, al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell’Unione Europea*, cit., pag. 20.

2.4 Le proposte non approvate e il DDL Scalfarotto

A differenza di numerosi Stati europei, di cui abbiamo trattato al secondo capitolo, l'Italia non presenta una disciplina sanzionatoria specifica in tema di discriminazioni fondate sullo stigma sessuale. Come già analizzato, non vi è un effettivo “vuoto sanzionatorio” in tema di discriminazioni omotransfobiche, in quanto è applicabile, ad esempio, l'aggravante di cui all'art. 61 c.p. a proposito dei motivi abietti e futili.

Nell'ottobre del 2009 fu presentata una proposta di legge in Parlamento, che aveva come scopo l'introduzione di autonome figure di reato di omofobia, volta alla modifica della legge Reale, e la legge Mancino per estendere le condotte incriminate a quelle di omofobia e transfobia.

Successivamente venne presentato il disegno di legge unificato AC2802 e AC2807. La proposta di legge, presentata dall'onorevole Paola Concia, voleva introdurre all'interno del Codice penale due circostanze aggravanti agli articoli 599-bis e 615-quinquies.¹¹

Il Parlamento rigettò le proposte di legge eccependo due problemi basati sull'art. 3 Cost. e il principio di legalità previsto dall'art. 25 Cost.¹².

Proprio per la posizione dell'Italia all'interno dello scenario europeo, la trattazione dell'argomento da parte dei mass media e da parte della politica ha portato all'approvazione del DDL S 1052, noto anche come DDL Scalfarotto, che prende il nome dal suo primo firmatario, l'on. Scalfarotto. Il DDL S 1052 costituisce il risultato della discussione congiunta delle proposte di legge C. 245¹³ del 15 marzo

¹¹ GOISIS L., *Crimini d'odio, omotransfobia e discriminazioni di genere: una proposta de lege ferenda*, in *www.camera.it*, 2020, pag. 12.

¹² L'art. 25 Cost. cita «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

¹³ Proposta di legge Scalfarotto ed altri per le Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia.

2013, C. 280¹⁴ del 15 marzo 2013 e C. 1071¹⁵ del 28 maggio 2013. La proposta di legge risulta essere un tentativo nella lotta alle discriminazioni determinate dal movente omofobico da cui emerge la convinzione per cui, nel contrasto all'omofobia, non è sufficiente prevedere una circostanza aggravante, bensì risulta necessario anche intervenire per estendere le fattispecie di cui alla legge 654 del 1975 a quelli di stampo omofobico.¹⁶

La proposta di legge 245 del 2013, proposta dall'on. Scalfarotto ed altri, al fine di rispettare il principio di determinatezza, all'art. 1 dava alcune definizioni sui concetti di "identità di genere", "identità sessuale", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale".

Per "identità sessuale" doveva intendersi l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale

Nel disegno di legge, per "identità di genere" veniva fornita una definizione secondo cui si dovesse intendere la percezione che un individuo ha di sé come uomo o donna, anche se ciò non corrisponde con il proprio sesso biologico.

Il "ruolo di genere" consisteva, invece, nella manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o meno all'aspettativa sociale nell'essere uomo e nell'essere donna.

L'"orientamento sessuale" veniva definito, invece, come l'attrazione sentimentale nei confronti di persone del sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi. La proposta di legge in esame presentava, inoltre, un punto meritevole di attenzione. L'art. 2 della suddetta legge, sostituiva la nuova locuzione di "propaganda" in «diffusione in qualsiasi modo delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale» e sostituiva, inoltre, alla lettera a) e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 3

¹⁴ Proposta di legge Fiano ed altri per le modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di discriminazione razziale, e nuove norme in materia di discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone.

¹⁵ Proposta di legge Brunetta per la modifica all'articolo 61 del Codice penale, in materia di circostanza aggravante comune per i reati commessi per motivi di discriminazione.

¹⁶ GOISIS L., *Crimini d'odio, omotransfobia e discriminazioni di genere: una proposta de lege ferenda*, in www.camera.it, pag. 17.

della legge 654 del 1975, la condotta di “incitamento” in luogo della fattispecie più circoscritta dell’“istigazione”.

Le pene previste erano poi graduate sulla base delle condotte tenute, e venivano mantenute quelle previste dalla riforma del 2006.

La vera novità che il disegno di legge avrebbe apportato rispetto alla legge Mancino era l’introduzione delle discriminazioni omofobiche oltre a quelle fondate sulla religione.

L’art. 3 coordinava le disposizioni con tutte le rubriche e le disposizioni degli articoli dello stesso decreto-legge n. 122 del 1993 e al comma 1 del suddetto articolo sostituiva il termine “finalità” con il termine “motivi”.

L’art. 4, invece, modificava l’art. 1 della legge 122 del 1993, disponendo che il tribunale dovesse applicare obbligatoriamente, e non più facoltativamente, la sanzione accessoria della attività non retribuita del condannato, da potersi svolgere presso le associazioni che si occupino della tutela delle persone LGBT, al termine dell’espiazione della pena detentiva, per un periodo da sei mesi a un anno¹⁷, e che dovesse essere svolta in una modalità tale da non pregiudicare le esigenze lavorative, lo studio e il reinserimento sociale del condannato. Anche tale previsione non è stata approvata¹⁸.

Il disegno di legge successivo, approvato alla Camera il 19 settembre 2013, prevedeva la rimozione delle definizioni di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" ed "orientamento sessuale".

Il disegno di legge, inoltre, non prevedeva più quanto da quello precedente stabilito al riguardo della pena accessoria consistente nell’attività non retribuita in favore della collettività. Attualmente questa è disciplinata dall’art. 1 co. 1-bis e ss. decreto-legge Mancino che resta, dunque, applicabile solo facoltativamente.

Di rilevante importanza risulta essere, invece, l’introduzione del comma 3-bis dell’art. 3 della legge 654 del 1975, secondo cui «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e

¹⁷ Attualmente, tale sanzione accessoria, non solo è facoltativa, bensì è applicabile per un periodo non superiore a dodici settimane.

¹⁸ PESCE F., *Omofobia e legge penale, al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell’Unione Europea*, cit., pag. 22.

manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». Ciò è stato introdotto al fine di adattare le esigenze repressive con la libertà di pensiero.

L'ulteriore novità introdotta riguarda l'art. 2 del suddetto disegno di legge, rubricato "Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza", che impone all'Istituto nazionale di statistica di garantire lo svolgimento di una rivelazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza, che ne misuri le caratteristiche fondamentali e che debba individuare i soggetti più a rischio, con cadenza quadriennale. Questo si verificherà importante al fine di valutare le politiche più idonee per contrastare le discriminazioni fondate sulla xenofobia, sull'antisemitismo, sull'omofobia e transfobia e del monitoraggio delle politiche di prevenzione.

3. Il Disegno di Legge Zan

3.1 La rilevanza giuridica dell'omofobia e la legge per contrastarla

Il termine "omofobia" fa la sua comparsa nel linguaggio giuridico in un'epoca in cui tanto a livello nazionale che europeo e internazionale, inizia a manifestarsi l'esigenza di tutelare l'orientamento sessuale e l'identità di genere. A dare una delle prime definizioni di tale nuova locuzione è stata la Risoluzione sull'omofobia in Europa del 2006 in cui l'omofobia viene definita come «una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT) basata sul pregiudizio».

Sorge spontaneo domandarsi in che modo un sentimento dovrebbe assumere rilevanza giuridica e impegnare conseguentemente dottrina, giudici e legislatori nella riflessione sulle misure più idonee e appropriate per contrastarlo.¹⁹

Nella Risoluzione si spiega che l'omofobia «si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggianti all'odio e

¹⁹ CAIELLI M., *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*. In *GenIus*, 2015, fasc. 1, p. 54.

l'istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l'omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti»²⁰

La precedente proposta di legge il cui primo firmatario fu l'On. Scalfarotto, fu approvata alla Camera senza poi essere discussa successivamente in Senato. Il frutto di questo tentativo fu certamente quello di aver apportato dei notevoli passi in avanti nei confronti delle coppie omosessuali, grazie alle proteste che, successivamente alla non approvazione del DDL Scalfarotto, avvennero nelle piazze italiane. Si optò per l'approvazione di leggi con un contenuto più sostanzioso come, ad esempio, la legge sulle unioni civili, grazie a cui è stato conferito un regime simile al matrimonio same sex. Lo stepchild, inoltre, è stato un ulteriore passo in avanti sostanziale nei confronti degli omosessuali. Nonostante non sia stata approvata una legge apposita, questo è il frutto di una giurisprudenza consolidata. Successivamente, ci si è avvicinati sempre di più alla tolleranza nei confronti dell'utero in affitto, senza alcun significativo contrasto nei confronti di coloro che viaggiano negli Stati esteri che lo permettono. Altro importante passo in avanti si ha avuto con l'inserimento tra i farmaci distribuiti dal Servizio sanitario nazionale della c.d. triptorelina. Si tratta di quel farmaco che, assunto in età adolescenziale, blocca lo sviluppo ormonale, nella prospettiva del mutamento di genere²¹.

Sebbene tutti questi passi in avanti non siano sufficienti a sradicare dalla collettività i sentimenti di avversione nei confronti degli omosessuali, questi sono dimostrativi di un avvicinamento verso le esigenze dei componenti della comunità LGBT.

Il DDL Scalfarotto, di cui tratteremo in seguito, ha sicuramente avuto un ruolo da "apri pista" ad un graduale avvicinamento alle necessità degli omosessuali e transessuali.

Davanti a questo scenario non appena illustrato, il DDL Zan, a differenza del DDL Scalfarotto, presenta un significato politico e culturale diverso. Questo, infatti,

²⁰ Tale definizione è riprodotta anche nella successiva *Risoluzione sulla lotta all'omofobia* in Europa del 24 maggio 2012 (considerando B)

²¹ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Siena, 2020, pag. 23.

chiuderebbe il cerchio, mettendo in sicurezza i “nuovi diritti” che negli ultimi anni si è riusciti a conquistare.

3.2 L’obiettivo della legge

Il disegno di Legge Zan è il frutto di una serie di richieste e di tentativi di disegni di legge, come appena analizzato, non approvati. La richiesta da parte di alcuni partiti politici, dagli esponenti LGBT, riguardo l’emanazione della legge contro l’omotransfobia, risultano essere lo specchio della richiesta, forse morale, forse concreta, da parte delle vittime di condotte discriminatorie omotransfobiche. È bene però, al di fuori dei sentimenti e delle morali, andare in questa sede ad analizzare il disegno di legge nello specifico.

Il DDL Zan è volto a contrastare la violenza e la discriminazione per motivi legati al sesso, al genere, all’orientamento sessuale ed all’identità di genere attraverso una doppia azione. In primo luogo, si prevede un intervento di carattere repressivo, con l’integrazione degli articoli 604 bis e 604 ter finalizzata a reprimere o aggravare la pena in caso di condotte delittuose motivate dall’odio. Attualmente le fattispecie previste dall’art. 604 bis riguardano le condotte discriminatorie fondate sulla razza, l’origine etnica, la nazionalità e la religione. La proposta di legge vuole integrare a queste fattispecie le discriminazioni fondate sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere. L’obiettivo del disegno di legge è quello di modificare una norma già esistente e di integrarla a delle altre forme di rischio.

3.3 I dati in contrasto con il DDL Zan

Sono stati analizzati, nel primo capitolo, i dati ufficiali dell’Oscad-Osservatorio sui reati fondati sull’identità di genere e sull’omosessualità. Accennandone brevemente la portata, risulta che su una totalità di 2532 segnalazioni di atti discriminatori avvenute dal 10 settembre 2010 al 31 dicembre 2018, solo 212 siano *hate crime* o *hate speech* di natura omofobica o transfobica. Per una totale di 26.5 all’anno.²²

Questi numeri, purtroppo, non sono a sostegno del DDL Zan, poiché non sono rappresentativi di un fenomeno emergenziale. Nella relazione alla originaria

²² GOISIS L., *Crimini d’odio, omotransfobia e discriminazioni di genere: una proposta de lege ferenda*, in www.camera.it, pag. 2.

proposta di legge presentata dall'on. Zan e altri, fu dichiarato che si è in presenza «di una vera e propria escalation dei crimini d'odio legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere, anzi di azioni di violenza inaudita».

È bene chiarire come anche una sola segnalazione di discriminazione di natura omotransfobica, ma anche di qualsiasi altra natura, sia in realtà una sconfitta sociale e nazionale. Questo, però, non deve giustificare un utilizzo spropositato del diritto penale e per questo, è opportuno analizzare l'effettiva necessità dell'emanazione di una legge contro l'omotransfobia. I numeri analizzati risultano essere tutt'altro che rappresentativi di un fenomeno di emergenza.

Dinanzi a questi numeri vi è chi afferma che non siano attendibili poiché consistono in un'esigua parte, in quanto molti individui non ricorrono alla denuncia perché ritengono di non ricevere il supporto dalle istituzioni. Ciò in realtà è stato smentito anche da autorevoli esponenti LGBT, poiché sottolineano come dato indicativo l'aumento del ricorso alle denunce²³. Inoltre, gli organi investigativi sono attrezzati con *pool* specializzati in interventi tempestivi e rigorosi, talvolta derivati dal *codice rosso* che caratterizza tali reati per volontà del legislatore²⁴.

Sembrerebbe, da quanto appena analizzato, che l'emergenza omofobia sia frutto più di una strumentalizzazione mediatica e politica, piuttosto che rappresentativa della nostra realtà nazionale. Il rischio a cui si va incontro è l'utilizzo spropositato dello strumento penale, il cui eccesso può, da una parte tutelare alcuni diritti costituzionali (in questo caso quello di uguaglianza), dall'altro, invece, rischierebbe di comportare dei gravi danni alla democrazia. Non è plausibile, infatti, pensare di poter ricorrere al diritto penale ogni qualvolta ci si trovi dinanzi ad una condizione di rischio per determinati individui. Gli strumenti a disposizione, ed esperibili, sono molteplici.

²³ GRILLINI F., *Diritti LGBT+ e omofobia: c'è ancora molta strada da percorrere*, in *IlBoLive*, 2020, «[...] anche nel nostro Paese le persone non subiscono più in silenzio, reagiscono e denunciano l'accaduto».

²⁴ A tal proposito si vedano le disposizioni previste nella legge 19 luglio 2019 n.69.

4. Analisi del disegno di legge Zan

4.1 I lavori preparatori

Giunti a questo punto, avendo analizzato lo scenario legislativo internazionale e nazionale sul tema, e avendo collocato e inquadrato la legge contro l'omotransfobia e le relative problematiche connesse, è bene cimentarsi nell'analisi più approfondita del disegno di legge Zan.

Attualmente il disegno di legge si trova in una situazione di pendenza in attesa di essere discussa in Senato. La proposta è stata infatti approvata alla Camera dei deputati il 4 novembre 2020.

Il disegno di legge presentato dall'On. Alessandro Zan il 2 maggio 2018 è il frutto dell'unificazione di cinque proposte di legge presentate da più forze politiche sul contrasto all'omotransfobia. Si tratta, nello specifico degli Atti Camera n. 107 (Boldrini), n. 569 (Zan), n. 868 (Scalfafrotto), n. 2171 (Perantoni), n. 2255 (Bartolozzi). Il testo unificato ha assunto il numero AS 2005.²⁵

La proposta che viene sottoposta al vaglio del voto della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica riguarda l'estensione dell'ambito applicativo della punibilità e dell'aggravamento delle pene degli articoli 604-bis c.p. e 604-ter c.p. ai reati omotransfobici. In sintesi, il DDL Zan ha come scopo quello di assimilare il trattamento dell'omo-transfobia a quella del razzismo.²⁶

L'AC 107, la cui prima firmataria è l'On. Boldrini, inizia la relazione che precede l'articolato affermando che «obiettivo della proposta di legge è quella di sanzionare, modificando la legge Mancino-Reale, le condotte di istigazione e di violenza finalizzate alla discriminazione in base all'identità sessuale della persona». Nello stesso modo nell'AC 569, il cui primo firmatario è l'On. Zan, afferma «si propone [...] di realizzare un quadro di maggiore tutela delle persone omosessuali e transessuali, cercando di colmare il vuoto normativo determinato dalla mancata approvazione, nella passata legislatura, del progetto di legge di contrasto all'omotransfobia [...]». Le altre proposte di legge si collocano sulla stessa linea.

²⁵ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, 2021.

²⁶ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 6.

Da tali considerazioni emerge una duplice premessa che ne motiva l'approvazione: da un lato la lacuna normativa sul piano della tutela degli omosessuali e transessuali, dall'altro invece l'emergenza sociale che richiede un intervento immediato per la quantità e la gravità delle offese indirizzata a tali categorie di individui.

Sembrerebbe, secondo una parte della dottrina, e come analizzato al primo e al secondo capitolo di questo elaborato, che tenendo in considerazione alcuni aspetti del nostro ordinamento e specialmente della branca penale, non vi sia alcun vuoto normativo da colmare. A sostegno di questa tesi risulta esserci la teoria secondo cui viene affermato che tale tutela è insita e viene indifferentemente fornita in un ordinamento che sanziona, con pene proporzionate alla gravità del nocimento che viene arrecato, i delitti contro la vita, contro l'incolumità personale, i delitti contro l'onore, i delitti contro la libertà personale, i delitti contro la libertà morale.²⁷

La proposta di legge è stata approvata alla Camera dei deputati il 4 novembre 2020, con 265 “sì”, ricevendo al contrario 193 “no” e una sola astensione.

Il giorno 5 novembre 2020, il disegno di legge è stato trasmesso al Senato. La condizione attuale in cui si trova il disegno di legge è definibile di “stallo”.

Dopo la trasmissione, il disegno di legge è rimasto fermo per sei mesi nella Commissione di Giustizia. Solo il 25 maggio 2021 vi è stato l'inizio dei lavori, con il testo corredato da 170 audizioni, che ne hanno comportato un ulteriore rallentamento. Sembrava che, dopo tale ostacolo, fosse arrivato il momento della votazione in aula, bloccato ulteriormente da una nuova proposta di modifica del testo firmata dal partito fondato da Matteo Renzi, Italia Viva. La proposta di modifica prevede la modifica degli art. 1 e 7 del disegno di legge Zan e la completa abolizione dell'art. 4²⁸.

Attualmente non è ancora prevista la data di votazione in Senato, ma è presumibile che non avvenga prima di ottobre, mese in cui vi saranno le elezioni amministrative e per cui i partiti saranno distratti dalle elezioni.

²⁷ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 12.

²⁸ La Segreteria di Stato del Vaticano, il 17 giugno 2021, ha mosso le proprie accezioni in riferimento agli stessi articoli del disegno di legge Zan.

5. Articolo 1. Le definizioni ex novo e le problematiche che ne derivano

L'art. 1 del disegno di legge Zan afferma che «Ai fini della presente legge:

- a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico;
- b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso;
- c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi;
- d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione».

La ragione per cui si è ritenuto necessario inserire all'inizio le nozioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, è individuabile solo facendo un passo indietro. Le proposte di legge precedenti al disegno di legge Zan utilizzavano locuzioni differenti per qualificare un medesimo tema: l'AC n. 107 Boldrini faceva riferimento all'identità sessuale; gli AC n. 569 Zan e AC n. 2171 Perantoni si correlavano invece all'orientamento sessuale e all'identità di genere; l'AC n. 2255 Bartolozzi parlava di motivi di genere; l'AC n. 868 Scalfarotto rinviava a motivi fondati su omofobia e transfobia. Il riferimento alle categorie era diversificato, e di volta in volta non era fornita l'esatta definizione, o, se presente, era formulata in maniera disomogenea rispetto alle altre. Il relatore ha così pensato di riprenderle tutte e, nella difficoltà di pervenire al consenso su una sola categoria di riferimento, ha fornito una definizione per ognuna di queste categorie.²⁹

Una delle difficoltà principali del t.u. in esame è proprio l'introduzione ex novo di definizioni all'interno dell'ordinamento, in violazione col principio di tassatività e di prevedibilità che caratterizzano la norma penale.³⁰ La difficoltà risiede nella problematicità di far derivare degli effetti giuridici da tali nuove definizioni.³¹

²⁹ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va, la proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 38.

³⁰ PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, cit., pag. 8.

³¹ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford*, 2021.

Il principio di legalità sancito dalla Costituzione afferma che una norma è legittima qualora il suo oggetto sia stabilito da una legge precisa e determinata³². Di conseguenza ne deriva che «dato il carattere rigido della Costituzione, [...] vincola non soltanto il giudice ma anche il legislatore» e che assume «precisione e pregnanza del precetto e della sanzione di tutti gli elementi costitutivi e della corrispondenza tra il fatto tipico e una esperienza di vita concretamente verificabile»; e «tassatività, sotto il duplice profilo del divieto per il giudice di estendere analogicamente il precetto e la sanzione prevista dalla legge e per il legislatore di evitare clausole che facoltizzino l'analogia»³³.

La vaghezza e l'indeterminatezza con cui le precedenti proposte volevano introdurre il reato di omofobia e transfobia, rendevano pressoché impossibile l'applicabilità delle stesse.

L'AC n. 107 Boldrini risultava essere consapevole di questa condizione e perciò forniva, al fine di non sacrificare l'opportunità di introduzione di una norma che incriminasse queste categorie di discriminazioni, ne forniva alcune definizioni. In quella di "identità di genere", questa veniva definita come «percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico». È evidente come una definizione di tale portata non superi le problematiche di indeterminatezza della fattispecie penale, in quanto improntata su uno stato soggettivo psicologico interno, e di conseguenza non percepibile da terzi, oltre che suscettibile di mutamento a seconda delle varie declinazioni del *gender*.

Sulla stessa linea si pone il "ruolo di genere", con una conseguente impossibilità di una categoria certa, che dia un contenuto intellegibile alla fattispecie incriminatrice. I concetti di "omofobia" e "transfobia" risultavano anch'essi inadeguati a entrare in una fattispecie incriminatrice o in un'aggravante per la loro indeterminatezza, ma anche per la loro matrice psicologica e soggettiva che lo connota. Il disegno di legge Scalfarotto AC n. 868 li definiva come «stato soggettivo di disprezzo o odio nei confronti della vittima».

La Commissione Affari costituzionali del t.u. ha subordinato il parere favorevole al t.u. Zan a condizione che «provveda la Commissione di merito a chiarire

³² RONCO M., *Il principio di legalità*, in *Scritti patavini*, tomo I, Padova, 2017, pag. 3.

³³ *Ibidem*, pag. 4.

maggiormente i confini tra le condotte discriminatorie fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, al fine di evitare incertezze in sede applicativa».

Anche il Comitato per la Legislazione ha sollecitato la Commissione Giustizia «sotto il profilo della semplicità, chiarezza e proprietà di formulazione», a «introdurre specifiche definizioni, ai fini dell'attuazione del provvedimento, dei concetti di “sesso”, “genere”, “orientamento sessuale” e “identità di genere”».

Mediante tale spinta il Comitato ha voluto muovere la Commissione Giustizia verso una formulazione più semplice e chiara, in conformità col principio costituzionale di tassatività.³⁴

L'on Zan si è mostrato in opposizione riguardo ai rilievi forniti dalle due Commissioni, affermando in sede di esame in Aula che in riferimento alle «definizioni di sesso, genere, orientamento sessuale, e identità di genere»», segnalava che «l'inserimento di definizioni nel corpo della proposta di legge è stato ampiamente sconsigliato dalla gran parte delle penaliste e dei penalisti auditi in Commissione. I concetti richiamati nella proposta di legge, infatti, corrispondono a nozioni recepite e consolidate nel nostro ordinamento giuridico, sia da norme di diritto positivo, che dalla giurisprudenza».

L'On. Zan ha inoltre affermato che, qualora l'Aula della Camera avesse voluto raccogliere le condizioni poste dalle altre Commissioni, la sua posizione era di «considerare che le definizioni riguarderebbero al tempo stesso profilo dell'identità personale, ma anche specifiche ragioni di condotte discriminatorie e violente». Da quanto dichiarato, sembrerebbe, a maggior ragione, che le condotte non erano veramente ben individuate, e che quindi vi sia il contrasto con i pareri forniti dalla Commissione Affari costituzionali e Legislazione.

È bene sottolineare come, sebbene il legislatore abbia in alcuni casi fornito definizioni in alcuni ambiti tecnici³⁵, in generale questo non è ciò che accade

³⁴ Si pensi, ad esempio, alla fattispecie criminosa di recente introduzione che, nel 2009, ha definito il delitto di stalking, il cui sostantivo medesimo non si riscontra mai nella norma.

³⁵ I casi sono molteplici. Si pensi ad esempio all'art. 2 del decreto legislativo 3 febbraio 1997, n. 52, disciplinante l'imballaggio e l'etichettatura di sostanza pericolose, il quale preliminarmente chiarisce cosa si intende con i termini “sostanze”, “preparati” e “polimeri”.

solitamente nel diritto penale. Questo perché il diritto penale disciplina una realtà che preesiste a esso, e non ha dunque una funzione “promozionale”, lanciandosi in un’arte creativa che non gli appartiene e che non potrebbe esercitare senza negare sia la realtà, sia la sua funzione.

Nel caso specifico, ci si interroga, se effettivamente le distinzioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, siano preesistenti al diritto, perché queste abbiano bisogno di un’esplicita costituzione legale. Secondo tale ragionamento bisogna dunque comprendere se lo strumento penale e i concetti in questione sono preesistenti a tale tutela, e quindi privi di una necessaria specificazione da parte del legislatore nel fornire loro una tutela, o invece tali concetti, proprio perché necessitano di una costituzione legale, allora non esistono in natura e per cui non preesistono al diritto e per cui non vi è spazio per poterle introdurre artificialmente all’interno della tutela penale.

Nel secondo capitolo di questo elaborato è stata analizzata la funzione promozionale del diritto penale. Il diritto penale deve essere invocato qualora vi sia una condizione esistente all’interno della società che pone a serio rischio i consociati. Solo qualora la condizione sia affermata ed esistente, allora il diritto penale ha il compito di intervenire. Contrariamente, il diritto penale non può anticipare tale momento e intervenire ancor prima che una situazione, che si andrebbe a tutelare, esistesse nella realtà.

Quanto appena illustrato e discusso pone il disegno di legge Zan in una posizione diversa rispetto ad altre proposte di legge. Questo perché, come detto, prevede delle specificazioni di alcuni concetti, che, in via generale, non è dovere della legge penale a fornirle.

6. Modifiche all’art. 604-bis c.p. e 604-ter c.p.

6.1 Articolo 2. Modifiche all’art. 604-bis c.p. Estensione dei motivi discriminatori di cui all’art. 604-bis c.p. a quelli fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità

L’art. 2 del disegno di legge Zan prevede che:

«1. All’articolo 604-bis del Codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, lettera a), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità»;

b) al primo comma, lettera b), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità»;

c) al secondo comma, primo periodo, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità»;

d) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità».

A seguito di dette modifiche l'art. 604-bis c.p. si presenterebbe in questo modo:

Art. 604-bis. Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità;

«1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità. Chi partecipa a tali

organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni».

È possibile affermare che l'art. 2 della suddetta proposta di legge sia il fulcro della stessa. Infatti, le novità più rilevanti che il disegno di legge comporterebbe riguardano l'estensione delle fattispecie discriminatorie previste dall'art. 604-bis, a quelle fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

Più nello specifico, l'art. 2 del t.u. Zan introduce, nel corpo dell'art. 604-bis, alcune fattispecie incriminatrici relative al compimento o all'istigazione a commettere «atti di discriminazione per motivi» «fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». La pena prevista è quella della reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro.

Inoltre, l'art. 2 introduce come fattispecie incriminatrice il compimento di o l'istigazione a commettere «violenza o atti di provocazione per motivi» medesimi. La pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a quattro anni.

L'ulteriore fattispecie introdotta dall'art. 2 del t.u. incrimina la partecipazione a «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi» quali precedentemente indicati. La pena prevista per questa condotta consiste nella reclusione da uno a sei anni per i promotori e i dirigenti, e, per i semplici partecipanti o assistenti, nella reclusione da sei mesi a quattro anni.

Con la previsione di uno specifico reato e di una specifica aggravante (ex art. 3 del DDL Zan), dotati di una maggiore afflittività rispetto alle ipotesi comuni, è possibile esercitare una maggiore deterrenza in relazione alle aggressioni sistematiche motivate dall'identità sessuale o dalla disabilità della vittima, rispetto alle quali, secondo alcuni, si rivelano del tutto insufficienti.³⁶

³⁶ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford*, 2021.

6.2. Propaganda e incitamento

Il DDL Zan non estende ai nuovi fattori di discriminazione anche la propaganda di idee. Questa, pur non essendo mai stata dichiarata incostituzionale è da sempre di sospetta incostituzionalità, costituendo una fattispecie di pericolo in astratto.

Col termine “propaganda” si vuole intendere la divulgazione di idee idonea a influire sulla psicologia e sull’altrui comportamento ed è stata definita dalla Corte di Cassazione come qualsiasi “divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni”. La propaganda deve essere adatta a raccogliere consensi vero l’idea espressa.

La propaganda di idee rimarrebbe punita solo nelle ipotesi di propaganda razzista³⁷ e non verrebbe, dunque, estesa ai motivi omotransfobici.

Ad essere punita, invece, è la diversa ipotesi di istigazione per motivi di sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere o disabilità.

L’istigazione, a differenza della propaganda, costituisce un reato di pericolo concreto e richiede i requisiti della “concretezza” e della “fattività”, ossia è necessario che vi sia un nesso di consequenzialità tra le parole e gli atti violenti o discriminatori. In altre parole, l’istigazione presuppone l’idoneità dell’invito discriminatorio o violento ad essere recepito e tradotto in azione dai destinatari.

A sostegno dell’incriminazione dell’istigazione omotrasnfobica vi sono inoltre degli strumenti di *soft law* che ne suggeriscono la previsione: si pensi, ad esempio, alla Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell’UE contro l’omofobia e la discriminazione legata all’orientamento sessuale e all’identità di genere, secondo cui «gli Stati membri dovrebbero [...] adottare legislazioni penali che vietino l’istigazione all’odio sulla base dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere». Si pensi inoltre alla LGBTIQ *Equality Strategy* 2020 – 2025 della Commissione europea, avente tra i suoi fini anche quello di aggiungere i crimini e i discorsi d’odio contro le persone LGBTIQ all’elenco dei c.d. “eurocrimini” previsti dall’art. 83 TFUE. Si tratta di quei reati che tutti gli Stati membri dovrebbero introdurre nei rispettivi ordinamenti al fine di contrastare su basi comuni determinati fenomeni criminosi di rilevanza transnazionale.

³⁷ Ibidem

Per tale aspetto il DDL Zan riprende la proposta di legge Scalfarotto nel punto in cui volle estendere le fattispecie nella stessa misura in cui nel 1993 la legge Mancino estese l'ambito di applicazione della disciplina penale ai motivi nazionali o religiosi.³⁸

Secondo la costante giurisprudenza sulla Legge Reale e sulla Legge Mancino, i reati di discriminazione e di istigazione alla discriminazione non si riferiscono a qualsiasi disparità di trattamento riservata a un soggetto in ragione delle caratteristiche protette dalla norma, ma solo a quei comportamenti che integrino una discriminazione in senso pregnante.³⁹

6.3. Articolo 3. Modifiche all'art. 604-ter c.p. Estensione dei motivi di discriminazione di cui all'art. 604-ter c.p. ai motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità

Il dettato dell'art. 3 del t.u. Zan prevede quanto segue:

«1.All'articolo 604-ter, primo comma, del Codice penale, dopo le parole: «o religioso,» sono inserite le seguenti: «oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità».

Da ciò ne consegue che il nuovo art. 604-ter c.p. si presenterebbe in tal modo:

«Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni,

³⁸ DE FRANCESCO G., *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 1994, fasc. 2 (giugno), pt. 2, pag. 216-217.

³⁹ In tal senso la Corte di Cassazione ha affermato che la discriminazione rilevante è quella sancita dall'art. 1 della Convenzione di New York contro il razzismo del 1966, ai sensi del quale costituisce discriminazione «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza [...] 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 ogni altro settore della vita pubblica». (Cfr. Cass. N. 42258/2006).

associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Dunque, l'art. 3 del t.u. apporterebbe all'art. 604-ter c.p. un'apposita fattispecie aggravante applicabile a tutti i reati, qualora siano «commessi per finalità di discriminazione o di odio» di genere ovvero «al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità».

In base a questa previsione, l'aggravante può determinare l'aumento della pena fino alla metà, e si colloca, quindi, tra le aggravanti a effetto speciale⁴⁰.

L'aggravante in esame è più afflittiva rispetto all'aggravante dei motivi abietti o futili e si tratta di un'aggravante che il giudice applica obbligatoriamente senza particolari margini di discrezionalità.

Questa costituisce inoltre un'aggravante privilegiata poiché il giudice è tenuto ad applicarla senza poterla neutralizzare, ritenendo prevalenti o equivalenti eventuali circostanze attenuanti nell'ambito del bilanciamento ex art. 69 c.p.

Il maggior rigore punitivo che viene riservato ai crimini d'odio risiede nella maggior riprovevolezza soggettiva e nella loro offensività, poiché, oltre ad offendere la vittima principale, offende anche tutti coloro che presentano la medesima "caratteristica ascrittiva".

⁴⁰ L'eventuale applicazione di un'attenuante sarà possibile solo nella pena risultante dall'applicazione dell'aggravante. Non sarà invece applicabile l'attenuante secondo il principio di equivalenza o di prevalenza che vale per la comparazione fra le ordinarie aggravanti e attenuanti. Si fa salva l'attenuante per la minore età dell'imputato, che può prevalere anche sulla specifica aggravante di cui all'art. 604-ter.

6.4. Le condotte istigatorie di cui all'art. 414, 414-bis e 415 Codice penale e le condotte istigatorie previste dalla Legge Mancino. Il requisito della pubblicità.

In riferimento alle condotte istigatorie è interessante notare come quelle previste dalla Legge Mancino si pongano in una linea diversa rispetto a quelle previste dal c.p. sulla base del quale viene posto come elemento costitutivo il requisito della pubblicità.

L'ordinamento penale italiano prevede in rispetto all'art. 115 c.p.⁴¹, norme incriminatrici che, a fronte di fatti particolarmente gravi, puniscono condotte che istigano alla commissione di questi anche in assenza del requisito della pubblicità della condotta⁴² e su questo piano si pongono anche le condotte istigatorie di cui alla Legge Mancino. Allo stesso tempo ve ne sono diverse che invece ne prevedono la pubblicità. Si tratta degli art. 414, 414-bis e 415 c.p. In particolare, in riferimento all'art. 414 c.p.⁴³, viene punita l'istigazione a delinquere e per cui, affinché si possa configurare il reato, la condotta istigatoria deve essere pubblica.

⁴¹ L'art. 115 c.p. sancisce quanto segue: «Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo».

Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.

Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato se l'istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso.

Qualora l'istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misure di sicurezza [229].

⁴² Per citarne alcuni: art. 302 c.p., che punisce l'istigazione alla commissione di delitti contro la personalità dello Stato; art. 322 c.p. che punisce l'istigazione alla corruzione attiva e passiva; l'art. 212 del Codice penale militare di pace che punisce, invece, l'istigazione a commettere reati militari.

⁴³ L'art. 414 c.p. dichiara quanto segue: «Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione:

- 1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti;
- 2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a euro 206, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni.

Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel numero 1.

La condotta incriminata consiste nell'istigare pubblicamente a commettere delitti e contravvenzioni. Va comunque precisato che il requisito della pubblicità rappresenta un elemento costitutivo del fatto tipico e non già condizione di punibilità.⁴⁴ A tal proposito la Cassazione con pronuncia del 15 marzo del 1974, all' art. 266 ultimo cpv. c.p. ha affermato che «agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente, quando il fatto è commesso:

I. col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda;

II. in un luogo pubblico o aperto al pubblico ed in presenza di più persone;

III. in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata».

Tale nozione di pubblicità, pur essendo ricavata dall'esperienza, non è una nozione di fatto, ma una nozione “legale”.

Lo stesso è previsto dall'art. 415 c.p.⁴⁵, che sanziona l'istigazione a disobbedire le leggi di ordine pubblico e che debba essere consumato pubblicamente. L'articolo inoltre punisce le condotte di istigazione all'odio tra le classi sociali⁴⁶.

Con la legge n. 172 del 2012, il legislatore ha previsto un'ipotesi speciale di pubblica istigazione e apologia, prevista dall'art 414-bis c.p. volta a incriminare l'istigazione e l'apologia a pratiche di pedofilia e di pedopornografia⁴⁷.

Alla pena stabilita nel numero 1 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti. La pena prevista dal presente comma nonché dal primo e dal secondo comma è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà. La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici».

⁴⁴ MICUCCI M., *L'istigazione a delinquere: tra tentativo, fattispecie autonoma e concorso di persone nel reato*, in *Giurisprudenza Penale*, 2012, pag. 48.

⁴⁵ L'art. 415 c.p. prevede che «Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

⁴⁶ La Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 415 c.p. riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione debba essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

⁴⁷ È previsto, per queste condotte, la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 5 anni.

Gli art., 414, 414-bis e 415, come anche la loro collocazione nel Titolo V Libro II c.p. suggerisce, sono delitti contro l'ordine pubblico e richiedono espressamente, al fine della configurabilità della fattispecie di reato, la pubblicità della condotta istigatoria.

La Corte di Cassazione ha precisato che il comportamento dell'agente deve determinare il rischio effettivo della consumazione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato.

La struttura dell'art. 604-bis c.p., invece, prevede un modello di incriminazione diverso rispetto agli art. 414, 414-bis e 415 c.p. Nell'art. 604-bis, infatti, non è richiesta la pubblicità della condotta istigatoria, e ciò comporta delle problematiche in riferimento al principio del diritto penale del fatto poiché, nel tipizzare la condotta punita, non richiede la pubblicità della condotta che diversamente è di solito richiesta per le condotte istigatorie.

Sebbene all'art. 3 della legge n. 654/1973 sono state apportate numerose modifiche, il legislatore italiano non ha mai previsto l'introduzione del requisito della pubblicità in riferimento all'istigazione incriminata. Questa decisione è interpretabile come una chiara decisione da parte del Parlamento a non voler introdurre e considerare la fattispecie istigatoria di cui all'art. 604-bis, nella generale disciplina del modello di pubblica istigazione delineato dall'art. 414 c.p. Questa modalità di incriminazione è stata scelta dal legislatore con la legge n.654/1975, successivamente confermata con il decreto del 1993 e dalla riforma dei reati d'opinione del 2006.

La scelta di questa politica incriminatrice non è priva di problematiche. Ne deriva che, in assenza del requisito della pubblicità, l'istigazione a commettere atti discriminatori non violenti⁴⁸ o violenti⁴⁹, finisce per assumere le caratteristiche di un delitto di pericolo astratto, per cui non è richiesto l'accertamento dell'effettiva messa in pericolo del bene protetto nel singolo caso concreto.

Il rischio a cui si andrebbe incontro, secondo una parte della dottrina, mediante l'estensione delle fattispecie incriminate dall'art. 604-bis c.p., consisterebbe

⁴⁸ Di cui all'art. 604-bis co. 1 lett. a)

⁴⁹ Di cui all'art. 604-bis co. 1 lett. b)

nell'ulteriore riduzione della garanzia stabilita dall'art. 115 c.p., che sancisce l'irrelevanza dell'istigazione alla commissione di un fatto di reato.

6.5. Il problema della “sufficiente determinatezza della norma penale” nel DDL Zan

In riferimento all'art. 604-bis c.p., sono state sollevate alcune considerazioni in merito al fatto che si colloca in violazione del principio costituzionale di legalità, e in particolar modo in violazione del principio della sufficiente determinatezza della norma penale.

L'art. 25 co. 2 Cost. sancisce che «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». È questo il principio di legalità, che compone e caratterizza uno dei corollari principali dell'ordinamento penale italiano. In breve, questo sancisce il principio secondo cui un individuo può essere punito solo qualora, al momento della commissione del fatto, questo potesse essere conoscibile dall'agente come reato. È dunque posto a salvaguardia della conoscibilità *ex ante* della norma penale, fungendo da fondamentale principio di libertà. L'autore del fatto incriminato, infatti, essendo in grado di poter conoscere il fatto oggetto di incriminazione e le relative conseguenze che esso comporta, può svolgere un giudizio di valutazione sulla base del quale decidere se commettere o meno il fatto. A sostegno di ciò vi è anche l'art. 7 CEDU che sancisce il principio del “*no punishment without law*”. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il rispetto di tale principio si ha qualora vi sia l'accessibilità al precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie della condotta.⁵⁰

In particolare, e in riferimento al disegno di legge in esame, la problematica si pone in riferimento alle condotte di istigazione alla discriminazione e alle condotte di discriminazione non violenta. Attualmente l'art. 604-bis sanziona condotte che altrimenti sarebbero lecite, esclusivamente perché motivate su base razziale, religiosa e nazionale.

Per identificare il concetto di discriminazione previsto dall'art. 604-bis, occorre dire che si basa su due elementi: uno di carattere oggettivo, che consiste nel trattamento

⁵⁰ ABBADESSA G., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, pag. 285.

differenziato che viene fornito a individui che si trovino in una condizione comparabile, se non per l'elemento motivo di discriminazione (religione, nazionalità, sesso, etnia, religione ecc.), e uno di carattere soggettivo, riferibile alla finalità del diverso trattamento, che viene posto in essere per ledere l'individuo che presenta la qualità per cui viene discriminato.

La discriminazione di cui all'art. 604-bis c.p., non prevedendo elementi ulteriori che rilevino sulla materialità dell'azione punita, è fortemente indeterminata.

Sembrerebbe che si faccia riferimento ad un determinato comportamento la cui liceità o illiceità dipenda dalla finalità perseguita dall'autore⁵¹.

Alcuni giuristi ritengono che l'introduzione di un nuovo motivo discriminatorio rispetto ai quattro già previsti dall'art. 604-bis, possa comportare un'ulteriore confusione che si aggiungerebbe ad un quadro ancora troppo poco chiaro.

In riferimento ad una medesima condotta vi possono essere due soluzioni opposte. Si pensi, ad esempio, a due casi noti: il primo riguarda una madre che si oppone al matrimonio della figlia con un uomo che svolge pratiche bisessuali, l'altro invece riguarda un padre che si rifiuta di dare al figlio in locazione, o in comodato d'uso, l'appartamento dove questo vuole andarvi ad abitare col compagno.

Ora, ai fini del t.u. Zan entrambe queste condotte verrebbero sanzionate, in quanto rientranti nell'ambito di applicazione del precetto. Questo in quanto la motivazione che ha indotto i genitori a comportarsi in queste modalità riguarda, soprattutto nel secondo caso, l'orientamento sessuale del figlio e quasi certamente, se il figlio avesse avuto un orientamento sessuale differente, gli sarebbe stato dato in locazione o in comodato d'uso l'appartamento.⁵²

Secondo l'A.C. 868 Scalfarotto, invece, queste condotte non verrebbero considerate sanzionabili e si esclude che siffatte ipotesi ricadano sotto la norma incriminatrice novellata.

⁵¹ Sempre che la condotta, a prescindere la finalità per cui viene attuata dall'autore, possa essere lecita.

⁵² MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 84.

Il fatto che esistano, per le medesime condotte, due tesi che si trovano in disaccordo di cui una prevedrebbe la punibilità della condotta in esame, e l'altra invece la esclude, dimostra purtroppo l'indeterminatezza del precetto.

7. Art 4. Pluralismo delle idee e libertà delle scelte

Dichiara così l'art. 4 del t.u. Zan: «1. Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

Prima di analizzare l'art. 4 del disegno di legge, è bene fornire in questa sede l'interpretazione che l'on. Alessandro Zan ha esposto della stessa. In Aula, in sede di discussione generale, ha precisato che «l'aggiunta di specifiche ragioni di reato, cioè sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, alle fattispecie già punite dall'articolo 604-bis avviene in continuità con quanto già chiarito in sede di interpretazione e applicazione delle “Legge Reale” e della “Legge Mancino” in relazione ai delitti di istigazione e compimento di atti discriminatori o violenti, esattamente come già avviene per l'istigazione e per il compimento di atti discriminatori e violenti fondati su motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi. Anche per il caso di condotte motivate dal sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere la norma penale andrà, cioè, a colpire solo quelle opinioni istigatrici capaci di determinare il concreto pericolo del compimento di atti conseguenti».

Il contenuto dell'art. 4 deriva da un emendamento, denominato “salva-idee”, che è stato presentato in Commissione di Giustizia dall'on. Enrico Costa, e da altri deputati del suo partito Forza Italia.

L'art. 4 del t.u. Zan sancisce che vengono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni, e anche le condotte che si riconducano al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte. È un punto nodale del disegno di legge su cui, però, non sono state risparmiate critiche. Con la clausola “salva-idee” il legislatore ha intenzione di evitare che i pensieri contrari, purché innocui, all'omosessualità e alla transessualità, come per le altre motivazioni di odio che si andrebbero ad aggiungere all'attuale corpo del 604-bis, vengano punite.

La previsione di tale clausola risulta essere di fondamentale importanza al fine di porre dei confini alle questioni confusionarie che spesso vengono invocate contro l'approvazione del disegno di legge Zan. Una delle più comuni, come già analizzato in questo elaborato, è la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.⁵³ Il disegno di legge, con la previsione della clausola salva-idee, ha intenzione di rimuovere quei dubbi sulla legittimità, o meno, di quei pensieri che, purché siano innocui e non in grado di ledere i diritti altrui⁵⁴, siano contrari ai concetti che si vogliono tutelare.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nell'affermare la possibilità per gli Stati del Consiglio d'Europa di ricercare un bilanciamento tra libertà di espressione e altri diritti fondamentali, sanzionando penalmente il discorso discriminatorio nei confronti di un gruppo sociale (quale quello delle persone omosessuali), attuato in modo irresponsabile, incontenente e lesivo dell'altrui dignità.⁵⁵

A differenza del disegno di legge in esame, la Legge Mancino, pur prevedendo e pur essendosi avventurato tra i reati di opinione, non prevede un articolo che preveda ciò che sia lecito in riferimento alle novità che esso reca.

Alcuni esponenti LGBT e alcuni deputati di LEU, però, hanno criticato la clausola in questione affermandola come punto debole del testo. L'On. Zan ha dichiarato che «la linea di demarcazione tra le condotte protette dall'articolo 21 della Costituzione e le condotte oggi punite dall'art. 604-bis è già stata individuata con chiarezza dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza ordinaria. Il confine può essere riassunto in poche parole: la libertà di manifestazione del pensiero non tutela le opinioni che istigano all'odio, alla discriminazione e alla violenza. Per questo la formulazione dell'art. 3 (ora art. 4) non si sostituisce né si sovrappone agli approdi della giurisprudenza ma, più

⁵³ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford*, 2021.

⁵⁴ Per tali si intendono i l'integrità fisica, la libertà morale, l'eguaglianza o la dignità umana.

⁵⁵ Cfr. sent. della Corte europea dei diritti dell'uomo *Vejdeland ed altri c. Svezia* del 9 febbraio 2012 e da ultimo la sentenza *Lilliendahl c. Islanda* dell'11 giugno 2020.

semplicemente, ribadisce il principio cui quella stessa giurisprudenza si è finora ispirata».

Successivamente è stato inoltre sottolineato che la libertà in esame vale fino a quando non si corre il rischio di istigare alla discriminazione o alla violenza in modo concreto, quindi prevedendo che la libertà di espressione del pensiero esiste fino a quando il pensiero stesso non diventi idoneo a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori violenti. In tal modo verrebbe risolto il “cortocircuito” che viene invocato per far cadere il disegno di legge. Si farebbero salvi, infatti, i comportamenti che non siano concretamente idonei a porre in pericolo i beni giuridici protetti, e dall’altro lato garantisce in maniera piena e incontestabile la libertà di manifestazione del pensiero.

Trattandosi di espressioni di pensiero che potrebbero determinare atti discriminatori violenti, il dato che emerge da un dettato normativo così confuso è il massimo potere che viene consegnato al magistrato in sede processuale. Al magistrato viene infatti chiesto di demarcare il confine tra quelle opinioni che vengono marchiate come omofobe, e quelle che consistono in una “libera espressione di convincimenti od opinioni”⁵⁶.

La natura dell’art. 4 del t.u. Zan, sulla base di quanto afferma, permette ogni interpretazione che vada oltre il limite dell’arbitrio.

Come anticipato, questa clausola è oggi oggetto di discussione soprattutto alla luce del fatto che il partito Italia Viva ne ha chiesto l’abolizione.

8. Art. 5. Modifiche al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122

L’art. 5 del disegno di Legge Zan è volto a modificare la legge 23 aprile 1993, n. 122 e a tal fine dichiara che «1. Al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’articolo 1:

1) al comma 1-bis, alinea, le parole: «reati previsti dall’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n.654» sono sostituite dalle seguenti: «delitti di cui all’articolo 604-

⁵⁶ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Siena, 2020, pag. 101.

bis del Codice penale ovvero per un delitto aggravato dalla circostanza di cui all'articolo 604-ter del medesimo codice»;

2) il comma 1-ter è sostituito dal seguente:

«1-ter. Nel caso di condanna per uno dei delitti indicati al comma 1-bis, la sospensione condizionale della pena può essere subordinata, se il condannato non si oppone, alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività secondo quanto previsto dai commi 1-quater, 1-quinquies e 1-sexies. Per i medesimi delitti, nei casi di richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova, per lavoro di pubblica utilità si intende quanto previsto dai commi 1-quater, 1-quinquies e 1-sexies»;

3) al comma 1-quater:

3.1) le parole: «, da svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane, deve essere» sono sostituite dalla seguente: «è»;

3.2) dopo la parola: «giudice» sono inserite le seguenti: «, tenuto conto delle ragioni che hanno determinato la condotta,»;

4) al comma 1-quinquies, le parole: «o degli extracomunitari» sono sostituite dalle seguenti: «, degli stranieri o a favore delle associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all'articolo 604-bis del Codice penale»;

5) alla rubrica, dopo la parola: «religiosi» sono inserite le seguenti: «o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità»;

b) al titolo, le parole: «e religiosa» sono sostituite dalle seguenti: «, religiosa o fondata sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità».

2. Dall'attuazione del comma 1 non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

3. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con regolamento adottato con decreto del Ministro della giustizia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono determinate, nel rispetto di quanto previsto dal comma 2, le modalità di svolgimento dell'attività non retribuita a favore della collettività, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 26 aprile 1993, n.

122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n.205, come modificato dal comma 1 del presente articolo».

L'art. in questione è composto da tre commi i quali, qualora dovessero essere approvati, estenderebbero la disciplina delle pene accessorie di cui all'art. 1 del decreto-legge 26/04/1993, n. 122, successivamente convertito con modifiche dalla legge 25/06/1993, n. 205, nota anche come Legge Mancino.

Attualmente l'art. 1 co. 1-bis d.l. 122/1993 conv. prevede quattro tipologie di pene accessorie che si applicano in caso di condanna per i delitti di "razzismo" previsti dall'art. 3 della legge 13/10/1975 n. 654⁵⁷ e per i delitti di genocidio di cui alla l. 9/10/1967 n. 962.

Si tratta dell'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità⁵⁸; dell'obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno⁵⁹; la sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché il divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere⁶⁰; divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni⁶¹.

Conseguentemente, con le modifiche che l'art. 5 del t.u. Zan, le pene accessorie previste dal decreto Mancino verrebbero modificate come segue. L'art. 5 co. 1 lett. a) n.1 del disegno di legge Zan sostituirebbe, all'art. 1, co. 1-bis del d.l. n. 122 /1993 conv., le parole: "reati previsti dall'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654" con le seguenti "delitti di cui all'art. 604-bis del Codice penale ovvero per un delitto aggravato dalla circostanza di cui all'articolo 604-ter del medesimo codice". Il t.u. Zan ha come scopo quello di inserire nel corpo dell'art. 1 co. 1-bis, d.l n. 122/1973 conv. anche i delitti aggravati di cui all'art. 604-ter c.p., con l'effetto che, in caso

⁵⁷ Oggi previsti dall'art. 604-bis c.p.

⁵⁸ Art. 1 co. 1-bis lett. a e rinvio al successive co. 1-ter.

⁵⁹ Art. 1 co. 1-bis lett. b.

⁶⁰ Art.1 co.1-bis lett. c.

⁶¹ Art. 1 co. 1-bis lett. d.

di condanna per qualsiasi delitto con finalità discriminatorie, potranno essere applicate le pene accessorie. Lo scopo dell'articolo, inoltre, è quello di comportare un adeguamento normativo rispetto all'inserimento nel Codice penale avvenuto con il decreto legislativo del 01/03/2018, n. 21.

L'art. 5 co. 1 letta a) n. 2 del disegno di legge Zan sostituisce, invece, il co. 1-ter dell'art. 1 del decreto legislativo 122/1993 conv. Questa attualmente rinvia ad una fonte subordinata la disciplina dell'attività non retribuita a favore della collettività, e, al riguardo, il disegno di legge Zan prevede un contenuto totalmente nuovo, riferito alla sospensione condizionale della pena e alla messa in prova.

In riferimento alla sospensione condizionale della pena è previsto che, in caso di condanna per un delitto di razzismo, omofobia o genocidio, il beneficio di cui all'art. 163 c.p.⁶² può essere subordinato «se il condannato non si oppone, alla prestazione di un'attività non retribuita in favore della collettività».

⁶² L'art. 163 c.p. dichiara quanto segue: «Nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni, ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e raggugliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto e di due anni se la condanna è per contravvenzione. In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni, quando la pena nel complesso, raggugliata a norma dell'articolo 135, sia superiore a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa.

Se il reato è stato commesso da un minore degli anni diciotto, la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a tre anni, ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e raggugliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a tre anni. In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a tre anni, quando la pena nel complesso, raggugliata a norma dell'articolo 135, sia superiore a tre anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa.

Se il reato è stato commesso da persona di età superiore agli anni diciotto ma inferiore agli anni ventuno o da chi ha compiuto gli anni settanta, la sospensione può essere ordinata quando si infligga una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni e sei mesi ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e raggugliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore a due anni e sei mesi ovvero una pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e raggugliata a norma

In riferimento alla messa in prova, invece, il disegno di legge Zan prevede che i lavori di pubblica utilità debbano consistere in un'attività non retribuita a favore della collettività, come disciplinato dalla Legge Mancino.

L'art. 5 co. 1 lett. a) prosegue al fine di assicurare che l'autore dei reati di cui all'art. 604-bis c.p., sia che avvenga in sede di ammissione alla messa alla prova sia che avvenga in sede di condanna, sia sottoposto all'attività non retribuita prevista dall'art. 1 co. 1-bis lett. a) d.l. 122/1993 conv.

In particolare, in riferimento alla sospensione condizionale, il meccanismo che il t.u. intende introdurre comporta che, qualora il giudice ritenesse di dover applicare la pena dell'attività non retribuita, può non concedere, pur sussistendone i requisiti di legge, la sospensione della pena in assenza del consenso del condannato.

Tale meccanismo comporta il fatto che l'autore di condotte discriminatorie, in virtù del fatto di non voler vedersi precludere il beneficio di cui all'art. 163 c.p., è di fatto costretto ad accettare lo svolgimento delle attività non retribuite presso le comunità LGBTI.

Proseguendo, l'art.5 co. 1 lett. a) n. 3 del disegno di legge Zan apporta due modifiche al comma 1-quater dell'art. 1 d.l. n. 122/1993 conv., il quale attualmente prevede che l'attività non retribuita a favore della collettività debba essere svolta dopo l'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di 12 settimane e che il giudice debba garantire che le modalità di svolgimento della pena, non pregiudichino le esigenze lavorative, di studio o di reinserimento sociale del condannato.

La prima modifica sostituisce le parole «, da svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane, deve essere» col verbo «è». È così cancellato dalla norma la prescrizione sulla durata massima dell'attività non retribuita

dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni e sei mesi. In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni e sei mesi, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia superiore a due anni e sei mesi, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa».

La seconda modifica comporta, invece, l’inserimento tra i criteri cui deve rifarsi il giudice per stabilire le modalità di svolgimento dell’attività non retribuita, accanto alle esigenze lavorative, di studio o di reinserimento sociale del condannato, che rimangono, «le ragioni che hanno determinato la condotta».

L’art. 5 co. 1 lett. a) n. 4 del t.u. Zan procede modificando l’attuale co.1-quinquies d.l. n.122/1993 conv., che attualmente stabilisce in cosa consiste l’oggetto dell’attività non retribuita a favore della collettività. Attualmente la norma prevede che l’oggetto riguardi la bonifica e il restauro di edifici danneggiati con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui al co.3 dell’art. 3 l. 13/10/1975 n. 654; il lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, tra cui quelle nei confronti delle persone handicappate, dei tossicodipendenti, degli anziani o extracomunitari; il lavoro per finalità di protezione civile, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, e per altre finalità pubbliche individuate con il decreto di cui al comma 1-ter. A tal proposito il t.u. Zan interviene per sostituire il termine “extracomunitari” con la parola “stranieri” e, inoltre, inserisce tra le attività non retribuite di lavoro «a favore delle associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all’articolo 604-bis del Codice penale».

L’art. 5 co. 1 lett. a) n. 5 del t.u. Zan si limita, invece, a modificare la rubrica dell’art. 1 d.l. n. 122/1993 conv. che si presenta in tal modo: «Discriminazione, odio, e violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità».

L’art. 5 co. 1 lett. b) modifica il titolo del d.l. n. 122/1993 nel seguente modo: «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa o fondata sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità».

Il disegno di legge Zan, come abbiamo analizzato, condiziona l’applicazione della sospensione condizionale della pena all’attività non retribuita a favore della stessa categoria di persone a cui appartiene il soggetto discriminato. Ciò deriva da una volontà del t.u. Zan di conferire all’art. 1 del d.l. 122/1993 conv. una connotazione simbolica e pratica.

9. Art. 6. Modifica dell'art. 90-quater del codice di procedura penale

L'art. 6 del disegno di legge Zan mira a modificare l'art. 90-quater del codice di procedura penale, in riferimento alle condizioni di particolare vulnerabilità della persona offesa.

L'art. del t.u. Zan dichiara che «1. All'articolo 90-quater, comma 1, secondo periodo, del codice di procedura penale, dopo le parole: «odio razziale» sono inserite le seguenti: «o fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere». E, dunque, a seguito delle modifiche, l'art 90-quater del codice di procedura penale si presenterebbe in questo modo: «1. Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale o fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

L'art. 90-quater c.p.p. definisce la figura della c.d. vittima vulnerabile⁶³. Questa è un'espressione con la quale si identifica la posizione della vittima nei riguardi del procedimento penale volto ad accertare il reato, e non soltanto in riferimento al reato stesso. A livello europeo è stato affermato che questa condizione riguarda le vittime che hanno subito particolari reati, e di conseguenza garantire loro delle tutele specifiche a livelli procedimentale per evitare il fenomeno del pericolo di vittimizzazione secondaria o ripetuta⁶⁴. Per vittimizzazione secondaria si fa

⁶³ BASSIOUNI M.C., *Declaration of basic principles for victims and abuse of power*, in *The protection of collective victims*, Paris, 1988. «“Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights through acts or omission that are in violation of criminal laws operative within members states, including those laws proscribing criminal abuse of power».

⁶⁴ MONTAGNA M., *Vittime del reato (profili processuali e penali)*, in *Digesto*, 2018, p. 5.

riferimento a quegli effetti che la vittima subirebbe, sotto il profilo psicologico ed emozionale, con l'attività giudiziaria nel suo complesso.⁶⁵

La disposizione di cui all'art. 90-quater è di recente introduzione: è stata inserita nel codice di procedura penale dall'art. 1 co. 1 lett. b) d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, con decorrenza dal 20 gennaio 2016. Tramite questo decreto legislativo, si è data attuazione alla direttiva 2012/29/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che statuisce «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», sostituendo la decisione quadro 2001/220/GAI. L'attenzione che viene posta nei confronti della vittima all'interno del processo penale è emersa originariamente nella realtà giuridica anglosassone e statunitense verso la fine degli anni Quaranta⁶⁶, transitando nel contesto europeo e poi affermandosi in Italia nei primi anni del Duemila⁶⁷.

La dottrina penalistica italiana ha accolto favorevolmente il processo di valorizzazione della vittima nel processo penale. Si è infatti ritenuto necessario ripensare al ruolo della persona offesa, sia dal punto di vista dei poteri di impulso, sia in riferimento agli strumenti di protezione⁶⁸. A tal proposito è stato affermato «che la vittima del reato si stia progressivamente ritagliando un ruolo di prima grandezza nel sistema processuale penale italiano è assodato. Un percorso virtuoso innescato da vincoli europei sempre più stringenti (si allude, da ultimo, alla direttiva 2012/29/UE e alla sua recente implementazione con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n.212), dalla costante attenzione della giurisprudenza europea per le vittime “vulnerabili”, ma anche da una significati va svolta culturale. Due i principali fattori che l'hanno originata: sul piano criminologico e sostanziale, l'abbandono della

⁶⁵ DI MUZIO F., *La tutela processuale della vittima di violenza*, in *Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2012, fasc. 3, pag. 58.

⁶⁶ Negli anni Quaranta sono apparsi i primi studi sistematici sulle vittime dei reati, in particolare, nel 1948 è stato edito il libro “*The criminal and his victims*” di Von Hentig da tutti considerato come il fondamento della vittimologia come scienza empirica. Cfr. VON HENTIG, “*The Criminal and his Victims*”. Studies Sociology of the Crime, New Haven, 1948.

⁶⁷ MASARONE D., *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, fasc. 3, pag. 397.

⁶⁸ CONSO G., *Sintesi conclusiva: dalle vittime di reato alle vittime di diritti violati*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei*, n. 175, Roma, 2001, pag. 144.

visione reocentrica del delitto e la costruzione della vittimologia come autonomo settore di rilevante interesse scientifico; sul piano processuale, la consapevolezza di quanto sia irragionevole confinare ai margini della giurisdizione penale colui che, in fondo, in quanto titolare dell'interesse giuridico leso dal reato, rappresenta il naturale antagonista dell'imputato.

Questo complesso percorso evolutivo si dipana sostanzialmente lungo quattro fondamentali direttrici: a) il significativo incremento delle informazioni e delle misure di sostegno volte a rafforzare le prerogative della vittima in alcuni importanti snodi procedurali; b) il coinvolgimento della vittima nell'ambito di meccanismi deflattivi e/o riabilitativi (in linea con l'idea progressista delle *restorative justice*, dove l'antitesi autore-vittima si dissolve per lasciar posto all'incontro tra offensore e offeso, al coinvolgimento e all'ascolto di quest'ultimo, in una dimensione riparatoria-conciliativa); c) la tutela della vittima da possibili fenomeni di vittimizzazione primaria prodotti dal contatto con imputati "pericolosi" (si parla, segnatamente, di re-vittimizzazione: è il terreno elettivo degli "ordini di protezione"); d) la tutela della vittima dal rischio della vittimizzazione secondaria, particolarmente elevato quando tale soggetto interviene nel procedimento come fonte dichiarativa (sommario informazioni, testimonianze)»⁶⁹.

In favore dei soggetti di particolare vulnerabilità, l'ordinamento ha predisposto delle tutele di carattere processuale, in virtù del quale si è creato una sorta di microsistema processuale a parte⁷⁰. Ciò deve essere svolto con molta attenzione e cautela, soprattutto in virtù dell'art. 27 co. 2 Cost⁷¹., sulla base del quale viene sancito il principio di non colpevolezza in ragione del quale non bisogna "etichettare" la vittima come fragile e l'imputato come colpevole. È infatti

⁶⁹ PAULESU P.P., *Vittima del reato e processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, fasc. 2, pag. 388.

⁷⁰ SANTORO V., *La tutela della vulnerabilità. Riflessioni penalistiche e buone prassi per emersione e prevenzione dei reati. Riduzione del danno e tutela delle vittime nel processo penale*, in *Ars Iuris, Rivista online Unità per la Costituzione*, 2019.

⁷¹ Cita così l'art. 27 Cost: «La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene [non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte [, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra]».

necessario che venga assicurato il giusto equilibrio processuale tra la tutela delle vittime e la garanzia del contrario a discarico dell'imputato. Questo impone una corretta analisi e valutazione di quelli che sono i soggetti versanti in condizioni di fragilità.

La dottrina si è mostrata molto attenta sul tema, e a tal proposito «assume particolare rilevanza il riconoscimento in capo ad una persona offesa dal reato della condizione di particolare vulnerabilità, poiché ciò consente alla stessa di godere di una tutela sostanziale a lei normativamente riservata, costituita dall'applicazione di istituti processuali in via eccezionale e derogatoria rispetto al regime ordinario (a titolo esemplificativo, si pensi alla possibilità di essere escussa definitivamente in sede di incidente probatorio, salvo quanto previsto dall'art. 190-bis c.p.p.); tutela certamente ulteriore rispetto a quella formale»⁷².

Il testo in vigore stabilisce quali sono gli elementi sintomatici, tra loro alternativi, sulla base è attribuibile lo *status* di vittima vulnerabile, siano essi di carattere oggettivo, concernenti, ad esempio, il tipo di reato, siano essi di natura soggettiva, come ad esempio la minore età, l'infermità di mente, ecc⁷³.

⁷² BRUNELLI L., *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, in *Ars Iuris, Rivista online Unità per la Costituzione*, 2019.

⁷³ L'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, rubricato "Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione", sancisce che «1. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni.

2. La valutazione individuale tiene conto, in particolare, degli elementi seguenti:

- a) le caratteristiche personali della vittima;
- b) il tipo o la natura del reato; e
- c) le circostanze del reato.

3. Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo,

La normativa interna di cui all'art. 90-quater c.p.p., sembra fornire un automatico status di vittima vulnerabile al verificarsi di uno di detti elementi sintomatici e a prescindere da ulteriori valutazioni. Diversamente, la direttiva 2012/29/UE attribuisce tale status al verificarsi di una delle condizioni elencate, ma successivamente ad una valutazione individuale delle vittime⁷⁴.

L'intervento del disegno di Legge Zan comporterebbe l'introduzione di un nuovo elemento sintomatico sulla base del quale, a seguito della commissione di un reato per omofobia, transfobia, misoginia o abilismo, verrebbe automaticamente attribuito lo status di vittima vulnerabile.

L'attuale testo normativo prevede che tale status sia attribuito nei confronti di individui che abbiano subito un reato di fondato su odio razziale, in quanto si tratta di un fenomeno di elevata pericolosità sociale e dunque meritevole di un'elevata attenzione da parte del legislatore.

L'art. 90-quater c.p.p. dà rilievo anche al tipo di reato commesso, alle modalità e le circostanze del fatto⁷⁵.

della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità.

4. Ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo.

5. La portata della valutazione individuale può essere adattata secondo la gravità del reato e il grado di danno apparente subito dalla vittima.

6. La valutazione individuale è effettuata con la stretta partecipazione della vittima e tiene conto dei suoi desideri, compresa la sua eventuale volontà di non avvalersi delle misure speciali secondo il disposto degli articoli 23 e 24.

7. Qualora gli elementi alla base della valutazione individuale siano mutati in modo sostanziale, gli Stati membri provvedono affinché questa sia aggiornata durante l'intero corso del procedimento penale.

⁷⁴ Si veda ALGERI L., *L'esame del minore al vaglio della consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, fasc.12, pag. 1565.

⁷⁵ Sono questi parametri che danno, in particolar modo, la possibilità di fornire una tutela adeguata nei confronti di individui che abbiano subito reati di odio sessuale o "di genere".

9.1 Una tutela necessaria?

L'estensione dell'attribuzione dello status di vittima vulnerabile non è priva di problematiche. L'applicazione di tale istituto, a seconda della prospettiva dell'imputato o della vittima, consente o preclude l'accesso ad alcuni istituti fondamentali del diritto processuale. Si pensi ad, esempio, all'art. 392 ss. c.p.p. in riferimento all'incidente probatorio, questo permette di svolgere la deposizione testimoniale nella fase delle indagini preliminari. I casi in cui l'assunzione della prova testimoniale in sede di indagini preliminari risulta ammissibile si ha in tre ipotesi: la prima si ha in riferimento all'audizione di un minore, sia esso la persona offesa che il testimone; in secondo luogo, quando deve essere assunta la deposizione della persona offesa maggiormente che abbia subito uno dei delitti tassativamente indicati dalla norma; in terzo luogo, quando deve deporre la persona offesa particolarmente vulnerabile. In relazione a questa ultima ipotesi bisogna procedere a incidente probatorio a prescindere dalla tipologia di reato subito⁷⁶.

L'estensione degli elementi sintomatici per attribuire lo status di vittima vulnerabile a quelli previsti dal DDL Zan (omofobia, transfobia, misoginia, abilismo), comporterebbe l'estensione dei casi di compressione del diritto di difesa dell'imputato. Non essendo prevista una valutazione individuale nei confronti della vittima prima dell'attribuzione di tale status ed essendo quindi questa automatica, si rischierebbe di dilatare l'applicazione dell'istituto oltre quelle che sono le reali finalità di protezione della vittima vulnerabile, limitando la difesa dell'imputato in fattispecie astrattamente riconducibili all'odio⁷⁷.

Inoltre, tramite gli elementi sintomatici attualmente previsti dall'art. 90-quater c.p.p. lo status di vittima vulnerabile può essere attribuito anche alla persona offesa da un reato di matrice sessista, omofobica o transfobica. Sulla base di quanto appena illustrato non sembrerebbe necessario, secondo alcuni, estendere tali elementi a quelli previsti dal t.u. Zan.

⁷⁶ BRUNELLI L., *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, cit.

⁷⁷ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 133 ss.

10. Art. 7. Istituzione della Giornata nazionale contro l'omotransfobia, la lesbofobia e la transfobia.

Si presenta così l'art. 7 del t.u. Zan: «1. La Repubblica riconosce il giorno 17 maggio quale Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, in attuazione dei principi di eguaglianza e di pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione.

2. La Giornata di cui al comma 1 non determina riduzioni dell'orario di lavoro degli uffici pubblici né, qualora cada in un giorno feriale, costituisce giorno di vacanza o comporta la riduzione di orario per le scuole di ogni ordine e grado, ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 5 marzo 1977, n. 54.

3. In occasione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia sono organizzate cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile per la realizzazione delle finalità di cui al comma 1. Le scuole, nel rispetto del piano triennale dell'offerta formativa di cui al comma 16 dell'articolo 1 della legge 13 luglio 2015, n. 107, e del patto educativo di corresponsabilità, nonché le altre amministrazioni pubbliche provvedono alle attività di cui al precedente periodo compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

L'art. 7 del disegno di legge Zan, mira ad introdurre una giornata nazionale contro l'omofobia, la bifobia, la lesbofobia e la transfobia.

È evidente come, nella giornata nazionale che il t.u. Zan intende introdurre, l'art. 7 non fa alcun riferimento alla disabilità. Il disegno di legge prevede, infatti, «misure di prevenzione a contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità», ma all'art. 7 non viene fatto alcun riferimento all'abilismo. Questo aspetto è stato evidenziato nella seduta del 29 ottobre 2020 prima dell'approvazione della Camera. I sostenitori del disegno di legge hanno affermato che esiste già, attualmente, una Giornata internazionale contro la disabilità, fissata il 3 dicembre, ma è altrettanto vero che il 17 maggio è già prevista la Giornata internazionale contro l'omofobia.

La risposta a tale problematica è ricavabile al co. 3 dell'art. 7 t.u. Zan, sulla base del quale viene esplicitamente previsto il coinvolgimento delle scuole in occasione *della Giornata nazionale, attraverso «l'organizzazione di cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile per la realizzazione delle finalità di cui al comma 1»*.

È dunque evidente come l'intenzione del legislatore sia, più che sensibilizzare sul tema della disabilità, di incentrare maggiore attenzione e impegno nella sensibilizzazione sulla tematica dell'omofobia e transfobia.

Nei confronti di questa iniziativa sono stati proposti vari emendamenti, in quanto secondo alcuni, la Giornata nazionale contro l'omofobia, la bifobia, la lesbofobia e la transfobia costituisce lo strumento mediante il quale inserire l'insegnamento gender nelle scuole⁷⁸.

L'iniziativa di coinvolgere le strutture scolastiche all'educazione sull'omosessualità e sulla transessualità è, da un lato, uno strumento utile ed efficace per introdurre a livello sociale un tema che, purtroppo, ancora oggi è troppo lontano dall'accettazione collettiva, dall'altro, invece, rappresenta un rischio di imposizione nei confronti dei genitori di insegnamenti da loro non condivisi⁷⁹.

⁷⁸ L'art. 7 del t.u. Zan e in particolare il coinvolgimento della scuola, non è stato privo di critiche. «La Giornata è il grimaldello per l'ingresso del gender nelle scuole, ossia per legittimare gli "insegnamenti" sull'identità di genere, che a oggi richiedono l'indispensabile consenso informato dei genitori, e che invece col t.u. Zan finirebbero per non avere più ostacoli, potendo essere impartiti anche contro la volontà dei genitori. L'on. Zan ha in più occasioni affermato che t.u. contro l'omofobia non intende introdurre "ore gender" nelle scuole: e tuttavia l'ideologia gender, proprio attraverso le "cerimonie" o gli "incontri "di cui all'art. 7, si diffonderebbe nelle scuole, potendo contare su una "copertura legislativa" e sul clima di paura che verrebbe a crearsi nei vari istituti in ragione delle sanzioni penali previste per tutti coloro che – non condividendo questa deriva- verrebbero marchiati come omofobi. Lo scenario è plausibile, alla luce della ferma opposizione dei sostenitori del t.u. nei confronti di alcune proposte emendative che sono state respinte, malgrado mirassero a tutelare i minori, la libertà educativa delle famiglie, e a preservare la scuola da pericolose contaminazioni ideologiche». Così MANTOVANO A., in *Legge omofobia perché non va, la proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 139.

⁷⁹ A tal proposito sempre MANTOVANO A. ha dichiarato, in *Legge omofobia perché non va, la proposta Zan esaminata articolo per articolo*, cit., pag. 140, che «Col t.u. Zan, trasformato in legge, i genitori non potrebbero più invocare la libertà educativa per evitare l'introduzione nelle scuole di insegnamenti fondati sulla teoria gender, in quanto questi insegnamenti sarebbero "legittimati" come

La giornata nazionale avrebbe lo scopo di «promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere», incentivando le pubbliche amministrazioni e le scuole ad organizzare attività dedicate in occasione della ricorrenza.

Come emerge dalla disposizione in esame, la Giornata nazionale non prevede alcun obbligo per gli enti destinatari, rappresentando piuttosto un'importante occasione di studio, approfondimento, informazione e sensibilizzazione, nonché di incontro, confronto e riflessione sui temi dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Per quanto riguarda, nello specifico, il mondo della scuola, viene garantita e valorizzata l'autonomia scolastica, cosicché le attività relative alla Giornata nazionale non sarebbero imposte o “calate dall'alto”, ma si svolgerebbero «nel rispetto del piano triennale dell'offerta formativa [...] e del patto educativo di corresponsabilità», con il consenso e il coinvolgimento dei principali attori del mondo della scuola: studenti, genitori e docenti.⁸⁰

Numerose sono stati gli emendamenti proposti al fine di attenuare le problematiche sollevate, che sembrerebbero possedere più una natura sociale piuttosto che legale. Era stato proposto, ad esempio, di non prevedere cerimonie o altre attività nelle scuole, oppure di limitarle agli studenti delle scuole secondarie di secondo grado. È stato inoltre proposto di condizionare eventuali attività in occasione della Giornata all'esplicitazione dei contenuti nel Piano Triennale dell'Offerta

strumenti per la diffusione della conoscenza della “legge contro l'omofobia”, e coerenti con l'istituzione della “Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia”: ciò in violazione non soltanto dell'art. 30 Cost., ma pure di disposizioni internazionali. Ai genitori è riconosciuto il “diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli” (art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948) e lo stato “nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche” (art. 2 del Protocollo addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)».

⁸⁰ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, 2021.

Formativa, e all'approvazione degli organi collegiali scolastici. Era stato inoltre richiesto di prevedere il rispetto delle leggi in materia di consenso informato dei genitori. Tutti questi emendamenti sono stati respinti.

Secondo alcuni, il rischio che si incorrerebbe nell'approvare l'art. 7 t.u., risiede nella possibilità di configurare il reato di omofobia qualora i genitori si trovino in disaccordo con l'insegnamento fornito.

Sembrerebbe che l'art. 7 del disegno di legge Zan configuri un'imposizione sociale di non lieve entità e che, inserito nel contesto del t.u., presenta dei dubbi per cui è difficile fornire una soluzione chiara e alternativa.

L'ulteriore problematica si pone in riferimento ai rischi per la libertà di insegnamento, poiché si andrebbero ad incriminare i docenti che esprimono opinioni contrastanti all'ideologia gender e alla fluidità del genere. Sarebbero inoltre costretti a partecipare all'organizzazione delle iniziative proposte. Ciò si pone in contrasto con quanto sancito dal dettato costituzionale di cui all'art. 33 co. 1 Cost. sulla base del quale «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», la cui ratio trova risiede nell'esigenza di garantire i docenti da costrizioni o da condizionamenti da parte dello Stato, al fine di salvaguardare il pluralismo e garantire agli studenti un ambiente aperto al confronto delle idee e rispettoso dei diritti fondamentali.

L'art. 7 del disegno di legge andrebbe a far ricadere, in conformità a quanto sancito dall'art. 4, tutte quelle condotte di discostamento dall'ideale gender in una fattispecie di agevolazione di discriminazione e di violenza, configurando così una condotta illegittima.

Lo scenario che si prospetterebbe, quindi, nel caso di approvazione della legge, consiste nella configurazione di una condotta illecita ogni qualvolta che un'agenzia, pubblica o privata, sia inerte nell'organizzare cerimonie o insegnamenti a favore dell'ideologia gender, in quanto interpretabile come condotte agevolatrici della discriminazione e della violenza⁸¹.

⁸¹ CISTERNA A., *Legge Zan, una questione complicata perché non si tratta solo di giuste tutele*, in *Guida al Diritto*, 2021, n.30, pag. 12-15.

11. Art. 8. Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 in materia di prevenzione e contrasto alle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

11.1 Le direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE e l'istituzione di organismi per la promozione della parità di trattamento.

La tutela civilistica avverso la discriminazione razziale, è oggi fornita dal decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, recante norme per «l'attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica»⁸².

La *ratio* del decreto legislativo è ricavabile dall'art. 1 dello stesso, in cui viene affermato che le disposizioni sono «relative all'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica» e dettano «le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini, nonché sull'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso». Da ciò si apprende che le disposizioni in materia sono volte al contrasto delle discriminazioni fondate sull'origine etnica e fondate sulla razza, in attuazione della direttiva 2000/43/CE⁸³.

L'art. 13 della direttiva 29 giugno 2000 n. 2000/43/CE ha richiesto ai singoli Stati membri che da questi venissero «istituiti uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica»⁸⁴.

⁸² È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale, numero 186 del 12 agosto 2003, pag. 4 e ss., e modificato dal D.lgs. n. 256 del 2 agosto 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 244 del 16 ottobre 2004.

⁸³ La direttiva 2000/43/CE stabilisce un quadro nella lotta alle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento. La Direttiva si applica sia nel settore pubblico che in quello privato.

⁸⁴ Cita così l'art. 13 della direttiva 2000/43/CE: «1. Gli Stati membri stabiliscono che siano istituiti uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica. Tali organismi fanno eventualmente parte di

L'UNAR, l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, è stato istituito col decreto legislativo in attuazione della direttiva di cui sopra, è volto alla rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica, deputato dallo Stato italiano a garantire il diritto alla parità di trattamento di tutte le persone, indipendentemente dalla origine etnica o razziale, dalla loro età, dal loro credo religioso, dal loro orientamento sessuale, dalla loro identità di genere o dal fatto di essere persone con disabilità⁸⁵. In particolare, UNAR ha lo scopo di monitorare le cause e i fenomeni connessi alle discriminazioni, studiare possibili soluzioni e attivare una cultura nel rispetto dei diritti umani e delle pari opportunità. UNAR, inoltre, fornisce anche assistenza alle vittime di suddetti discriminazioni.⁸⁶

11.2 Art. 8

L'art. 8, del disegno di legge Zan, in caso di approvazione, modifica il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 nei seguenti termini:

«1. All'articolo 7 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dopo il comma 2 sono inseriti i seguenti:

«2-bis. Nell'ambito delle competenze di cui al comma 2, l'ufficio elabora con cadenza triennale una strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere. La strategia reca la definizione degli obiettivi e l'individuazione di misure relative all'educazione e all'istruzione, al lavoro, alla sicurezza, anche con riferimento alla

agenzie incaricate, a livello nazionale, della difesa dei diritti umani o della salvaguardia dei diritti individuali.

2. Gli Stati membri assicurano che tra le competenze di tali organismi rientrino:

- l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni nel dare seguito alle denunce da essi inoltrate in materia di discriminazione, fatto salvo il diritto delle vittime e delle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche di cui all'articolo 7, paragrafo 2,
- lo svolgimento di inchieste indipendenti in materia di discriminazione,
- la pubblicazione di relazioni indipendenti e la formulazione di raccomandazioni su questioni connesse con tali discriminazioni».

⁸⁵ <https://unar.it/portale/web/guest/che-cos-e-unar>.

⁸⁶ Sebbene UNAR sia stato istituito nell'ambito della "direttiva razza", questo ha assunto una funzione più generale della parità di trattamento fra le persone.

situazione carceraria, alla comunicazione e ai media. La strategia è elaborata nel quadro di una consultazione permanente delle amministrazioni locali, delle organizzazioni di categoria e delle associazioni impegnate nel contrasto delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere e individua specifici interventi volti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni di violenza e discriminazione fondati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.

2-ter. All'attuazione delle misure e degli specifici interventi di cui, rispettivamente, al secondo e al terzo periodo del comma 2-bis, le amministrazioni pubbliche competenti provvedono compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

L'articolo in esame ha come scopo l'introduzione nell'ordinamento di una strategia nazionale affidata all'UNAR per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni fondate su motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

La strategia è rivolta ad operare nell'educazione e istruzione, nel lavoro, nella sicurezza, nelle carceri, nella comunicazione e nei media. È questa, dunque, una modalità di intervento più idonea a prevenire i reati omotransfobici, mediante l'incidenza su valori vitali dello Stato.

L'ampliamento delle competenze dell'UNAR è realizzato senza imporre maggiori oneri per la collettività, poiché l'art. 7 d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, come modificato dalla legge Zan, prevede che l'attuazione delle misure e degli interventi da parte delle amministrazioni pubbliche, avvenga sulla base delle risorse disponibili a legislazione vigente e, dunque, senza maggiori oneri per la finanza pubblica.

12. Art. 9. Modifica all'articolo 105-quater del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, in materia di centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere.

L'art. 9 del t.u. Zan reca modifiche al decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

Il decreto, noto anche come “Decreto rilancio”, costituisce il Regime Quadro adottato al fine di fornire misure di aiuto quali sovvenzioni dirette, garanzie, prestiti a tassi agevolati, aiuti per la lotta al COVID-19 e sostegno per i lavoratori colpiti dall'emergenza sanitaria⁸⁷.

Il Decreto prevede la possibilità di concedere aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali, garanzie sui prestiti alle imprese, tassi d'interesse agevolati per i prestiti alle imprese; aiuti per gli investimenti per le infrastrutture di prova e upscaling e per la produzione di prodotti connessi al COVID-19, sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19.

In particolare, al fine dell'analisi dell'art. 9 del t.u. Zan, è opportuno focalizzarsi sull'art. 105-quater del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, il quale prevede un incremento pari a 4 milioni di euro del Fondo pari opportunità (a decorrere dal 2020), con vincolo di destinazione al finanziamento di politiche per la prevenzione e il contrasto della violenza per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere e per il sostegno delle vittime. Inoltre, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 104/2020 (c.d. “Decreto Agosto”), lo stesso istituisce centri contro le discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere, i quali garantiscono alle vittime (o a soggetti vulnerabili per via del contesto sociale o familiare di appartenenza) adeguata assistenza legale, sanitaria, psicologica, di mediazione sociale e ove necessario adeguate condizioni di alloggio e di vitto.

Il testo afferma che «1. Il Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, di cui all'articolo 19, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, è incrementato di 4 milioni di euro per l'anno 2020, allo scopo di finanziare politiche per la prevenzione e il contrasto della violenza per motivi collegati all'orientamento sessuale e all'identità di genere e per il sostegno delle vittime. A tal fine, è costituito uno speciale programma di assistenza volto a garantire assistenza legale, psicologica, sanitaria e sociale alle vittime di discriminazioni fondate

⁸⁷ <http://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/aiuti-di-stato/misure-temporanee-covid-19/il-regime-quadro-della-disciplina-degli-aiuti-di-stato-predisposto-dal-decreto-legge-19-maggio-2020-n-34-decreto-rilancio/>.

sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere nonché ai soggetti che si trovino in condizione di vulnerabilità in relazione all'orientamento sessuale o all'identità di genere in ragione del contesto sociale e familiare di riferimento. Tali attività sono svolte garantendo l'anonimato dei soggetti di cui al presente comma.

2. Con appositi provvedimenti normativi, nel limite di spesa costituito dalle risorse di cui al comma 1, si provvede a dare attuazione agli interventi ivi previsti.

3. Agli oneri derivanti dal presente articolo, pari a 4 milioni di euro per l'anno 2020, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, come rifinanziato dall'articolo 265, comma 5, del presente decreto».

Quanto previsto da suddetto articolo era precedentemente previsto dal t.u. Zan ed è stato dunque anticipato e posto in essere dal decreto-legge in esame. Le stesse disposizioni, infatti, in quanto corrispondenti a norme già vigenti, non sono state più riproposte nel testo definitivo⁸⁸.

L'art. 9 t.u. Zan prevede che «1. All'articolo 105-quater, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n.34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, le parole: «di discriminazione o violenza fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere » sono sostituite dalle seguenti: « dei reati previsti dall'articolo 604-bis del codice penale, commessi per motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere della vittima, ovvero di un reato aggravato, per le medesime ragioni, dalla circostanza di cui all'articolo 604-ter del codice penale».

È evidente come, l'articolo in esame apporti principalmente delle precisazioni di carattere normativo e formale, più che sostanziali. La formulazione attuale dell'art. 105-quater si riferisce solo alle vittime di discriminazione o violenza fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, non menzionando, invece vittime di reati aggravati per i medesimi motivi ai sensi dell'art. 604-ter c.p.

In caso di approvazione del disegno di legge, l'art. 105-quater, ricomprenderebbe anche queste ultime tra i destinatari dei centri contro le discriminazioni.

⁸⁸ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, 2021.

13. Art. 10. Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza

L'art. 10 del t.u. Zan afferma che «1. Ai fini della verifica dell'applicazione della presente legge e della progettazione e della realizzazione di politiche per il contrasto della discriminazione e della violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere e del monitoraggio delle politiche di prevenzione, l'Istituto nazionale di statistica, nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, sentito l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD), assicura lo svolgimento di una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale. La rilevazione deve misurare anche le opinioni, le discriminazioni e la violenza subite e le caratteristiche dei soggetti più esposti al rischio, secondo i quesiti contenuti nell'Indagine sulle discriminazioni condotta dall'Istituto nazionale di statistica a partire dal 2011».

In chiusura del disegno di legge, l'articolo 10 affida all'ISTAT, in collaborazione con l'OSCAD, il dovere di eseguire con cadenza almeno triennale una rilevazione statistica avente ad oggetto i fenomeni di violenza e di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere⁸⁹. L'indagine dovrebbe rilevare non solo fatti, ma anche le opinioni delle vittime e della popolazione, al fine di cogliere i mutamenti dell'atteggiamento della collettività verso le minoranze⁹⁰.

⁸⁹ PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, 2021.

⁹⁰ La Decisione Ministeriale n. 9/09 dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) prevede l'impegno per gli Stati a «raccolgere, conservare e divulgare dati e statistiche attendibili sufficientemente dettagliati sui crimini ispirati dall'odio e sulle manifestazioni violente di intolleranza, inclusi il numero di casi denunciati alle forze di polizia, il numero di casi perseguiti e le condanne comminate»; la già citata Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 prevede che «gli Stati membri dovrebbero registrare i reati generati dall'odio commessi contro persone LGBT»; il Rapporto dell'ECRI sull'Italia del 18 marzo 2016 sottolinea «la necessità di migliorare il sistema di raccolta dei dati sui reati penali legati alla violenza razzista e omofobica e transfobica, al fine di ottenere statistiche più precise e maggiormente dettagliate».

14. La copertura finanziaria

Gli obiettivi che vengono posti dal disegno di legge Zan richiedono necessariamente una copertura economica e finanziaria che, dal corpo del disegno di legge, sembrerebbe non essere previsto. Infatti, l'articolato approvato dalla Camera dei deputati non prevede alcun tipo di riferimento finanziario, se non il fatto che gli interventi di contrasto all'omofobia avvengano nel rispetto e compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Sarebbe decisamente stato più opportuno prevedere un articolo che prevedesse i "mezzi per farvi fronte" sulla base di quanto sancito dall'art. 81 co. 3 Cost. il quale dichiara che: «Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte».⁹¹

Che il t.u Zan non gravi sulla finanza pubblica, è stato smentito dalla Ragioneria Generale dello Stato che, con due pareri⁹². Tramite questi è stato fatto notare come cinque articoli fossero stati sottostimati da parte dei proponenti.

Di conseguenza è stato provveduto ad eliminarne uno dal testo, per farlo passare in separata sede, e di mantenere inalterati gli altri riformulando la clausola di

⁹¹ Dichiara così l'art. 81 Cost: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte.

Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

⁹² Il parere prot. n. 151728 del 31 luglio 2020 e il parere prot. n. 205270 del 21 ottobre 2020

invarianza finanziaria in termini più precisi, ma comunque inidonei a rispettare il precetto costituzionale⁹³.

Purtroppo, la mancanza della copertura finanziaria risulta essere avversa all'approvazione del disegno di legge per due motivi principali. Il primo risiede, come spiegato, nell'incostituzionalità di una norma che non prevede i mezzi per far fronte agli obiettivi da questa perseguiti. E, al fine dell'incostituzionalità della norma in esame, risulta essere sufficiente anche la mancata previsione di oneri ipotetici, come previsto dall'art. 81 Cost. L'ulteriore ipotesi, invece, si pone oltre al dettato Costituzionale di cui all'art. 81 Cost. Infatti, a seguito della pandemia derivata dal Covid-19, il sistema della finanza pubblica si trova in uno stato di forte precarietà, in cui le entrate fanno fatica a coprire le spese necessarie alla gestione corrente. Il finanziamento per gli oneri per la finanza pubblica avviene, di fatto, tramite il ricorso diretto o indiretto all'indebitamento per mantenere il sistema sociale ed economico. Ed è chiaro come, alla luce della condizione attuale, le risorse pubbliche non possano essere ridotte per essere stanziare in altro.

⁹³ MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Siena, 2020, p. 164.

CONCLUSIONI

Il tema affrontato in questa tesi è sicuramente ampio e complesso. Si è cercato di presentare l'argomento in modo tale da rendere consapevole il lettore dei numerosi aspetti che rendono la materia particolarmente delicata. Il ragionamento fin qui svolto è stato effettuato per dare una lettura quanto più realistica possibile degli elementi in gioco per valutare l'opportunità di approvare la legge contro l'omotransfobia.

Avendo fornito una visione quanto più completa delle problematiche in gioco, si ritiene utile fornire delle personali considerazioni al riguardo.

Il recente dibattito pubblico sul tema risulta essere sempre più fervente e i vari partiti politici assumono come ragioni di approvazione o, contrariamente, di disapprovazione della legge, motivazioni morali, strumentalizzando l'intervento normativo. La strumentalizzazione politica, d'altronde, non aiuta mai una discussione razionale sul diritto penale. Da una parte sono riscontrabili, infatti, coloro che ritengono la legge necessaria al fine di garantire alle comunità LGBT una tutela di cui i componenti sono ritenuti sprovvisti, senza però considerare le conseguenze penalistiche che deriverebbero dall'approvazione della legge, dall'altra, invece, sono riscontrabili esponenti di partiti politici, i quali strumentalizzano il DDL Zan al fine di contrastare a priori ogni forma di sensibilizzazione riguardo i diritti degli omosessuali e transessuali.

È peraltro inadeguato incentrare il dibattito in tali termini. Piuttosto sembrerebbe necessario focalizzarsi sulle dinamiche penalistiche che entrano in gioco con l'eventuale approvazione del disegno di legge.

Sebbene il DDL Zan abbia come encomiabile scopo quello di fornire una tutela maggiore nei confronti delle vittime di discriminazioni omotransfobiche, la scelta

di incriminare le condotte discriminatorie basate sull'orientamento sessuale, come ampiamente discusso nel secondo capitolo, non è tuttavia priva di problematiche. Il rischio di introdurre un nuovo reato di opinione, infatti, configura un grave limite ad un'iniziativa valida quale quella proposta dall'On. Zan.

La questione principale su cui verte la riflessione riguarda l'utilizzo dello strumento penale, il cui impiego è reso necessario solo qualora gli altri strumenti preventivi e sanzionatori a disposizione si siano verificati inefficaci e privi di utilità. In un Paese democratico il diritto penale non può essere utilizzato come strumento educativo o moralizzante e, come consolidato, deve essere utilizzato come strumento di *extrema ratio*.

Il diritto penale è uno strumento da attuare con particolare parsimonia, essendo questo in grado di portare a conseguenze capaci di limitare la libertà individuale. L'utilizzo di questo strumento può configurare una c.d. "arma a doppio taglio", il quale impone un necessario sacrificio dei diritti e delle libertà per la difesa sociale. In riferimento al suo utilizzo per il contrasto alle condotte discriminatorie di natura omotransfobica si pongono varie problematiche. La prima, come trattato nell'elaborato, riguarda l'insussistenza di una vera "emergenza omofobia", diversamente da quanto invece affermato dai sostenitori del disegno di legge. I dati del Ministero dell'Interno indicano un totale di 26 casi all'anno in Italia di *hate crimes* o *hate speech* di natura omotransfobica. Sebbene ogni caso di discriminazione sia una sconfitta nazionale, questo non deve giustificare un utilizzo spropositato e inadeguato dello strumento penale. Ed è per questo che l'emanazione di una legge *ad hoc* contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere configurerebbe un diritto penale simbolico, utile dunque, più che a fornire una tutela necessaria a chi ne è privo, a rassicurare le vittime delle discriminazioni.

E, come analizzato nell'elaborato, il diritto penale simbolico è il risultato di una situazione di allarme sociale, amplificata dalla trattazione strumentalizzata da parte dei mass-media, e per cui viene richiesto l'intervento dello strumento penale al fine di rassicurare i consociati.

Il ricorso al diritto penale in questi termini è giustificato, spesso, dalla necessità di rispondere a fenomeni sociali di nuova emersione, a risolvere conflitti per cui è richiesto un adeguato intervento di politica sociale, a rafforzare le identità collettive di determinati gruppi mediante le affermazioni di valori che stanno perdendo mordente nella coscienza collettiva, oppure per sancire principi che non sono ancora stati recepiti in modo adeguato.

In riferimento alla legge contro l'omotransfobia ciò che si rischierebbe di sacrificare costituirebbe un valore molto più elevato rispetto a ciò che verrebbe fornito aggiuntivamente alle vittime.

Ed è per questo che davanti ad uno scenario sociale in cui non si riscontra una condizione emergenziale, limitare e comprimere la libertà di manifestazione del pensiero, quale pilastro democratico fondamentale, è per molti un bilanciamento sproporzionato e privo di giustificazione. A maggior ragione se per tali tipi di condotte il sistema penale non risulta essere “vergine” e sprovvisto di tutela. Fino ad ora i casi di discriminazione basati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere sono stati tutelati a seguito della riconducibilità delle fattispecie concrete alle fattispecie già previste nel Codice penale. E ciò sia in riferimento alle fattispecie autonome, che alle aggravanti.

È bene inoltre affermare come le pene previste dal DDL Zan, ovvero la pena della reclusione da uno a sei anni e la multa di €6.000, potrebbero risultare sproporzionate e irragionevoli rispetto alla condotta del reo.

E in effetti la reclusione fino a sei anni risulterebbe totalmente sproporzionata rispetto alle condotte incriminate.

La pena più efficace non sembrerebbe di sicuro essere quella della reclusione. Ciò su cui bisognerebbe lavorare, piuttosto, è sulla cultura dei consociati, attuando quindi gli strumenti sociali e culturali al fine di prevenire *ex ante* casistiche di discriminazioni omotransfobiche.

È sulla base della consapevolezza del lungo cammino che deve essere percorso per contrastare l'odioso fenomeno della discriminazione nei confronti delle persone

appartenenti alla comunità LGBT e per superare una cultura ancora molto chiusa e ricca di pregiudizi e di contrarietà nei confronti della libertà sessuale e dell'identità di genere, che risulterebbe più efficace attuare strumenti diversi dal diritto penale. La lotta alla discriminazione risulterebbe più efficace mediante la promozione di strumenti culturali e sociali e mediante l'intervento nei luoghi in cui tali discriminazioni assumono forme più concrete come, ad esempio, nelle scuole o nei luoghi di lavoro.

Operare però in tali modalità configura una procedura decisamente più dispendiosa ed onerosa per lo Stato.

Ed è per questo che in forza delle considerazioni pocanzi illustrate, l'approvazione del disegno di legge sembrerebbe essere lo strumento di più immediata percezione e realizzazione per raggiungere lo scopo.

Nonostante il disegno di legge Zan presenti numerosi punti critici, come analizzato nel terzo capitolo di questo elaborato, attuando delle modifiche con lo scopo di attenuare la disciplina sanzionatoria e al fine di fornire al testo proposto la precisione, la determinatezza e la chiarezza di cui risulta essere carente, l'approvazione dello stesso configurerebbe la soluzione più realisticamente attuabile per contrastare, alla luce del quadro attuale, i fenomeni discriminatori. Questa costituirebbe un punto di incontro tra una politica criminale sproporzionata rispetto alla reale condizione sociale in tema di omofobia e transfobia, e l'attesa di un intervento statale economicamente più oneroso e dispendioso che, attualmente, non costituisce la priorità Nazionale.

È bene però essere consapevoli del fatto che, se è vero che con il diritto penale si otterrebbe una rapida e apparentemente efficace risposta, è altrettanto vero che l'unico cambiamento che permane nel tempo è quello culturale. Ed è infatti solo combattendo l'omofobia sul piano culturale che è possibile allentare il *silent effect* dei discorsi discriminatori, abbattendo o meglio riducendo quel rumore di fondo che crea un ambiente ostile o quantomeno di diffidenza che fa da sfondo agli episodi di violenza.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA G., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, 2018.

ALESIANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

ALGERI L., *L'esame del minore al vaglio della consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, fasc. 12, pag. 1565.

BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990.

BASILE F., *I delitti contro il sentimento religioso: tra incriminazione dell'opinione e tutela della libertà di manifestazione del pensiero (The crimes against religious sentiment, between criminalizing opinions and protecting free speech)*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, fasc. 2, pag. 11.

BASSIOUNI M.C., *Declaration of basic principles for victims and abuse of power*, in *"The protection of collective victims"*, Paris, 1988.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.

BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006.

BRUNELLI L., *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, in *Ars Iuris, Rivista online Unità per la Costituzione*, 2019.

CAIELLI M., *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*. In *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 54.

CARETTI P., DE SIERVO U., *Diritto costituzionale e pubblico*, Seconda edizione, Torino.

CISTERNA A., *Legge Zan, una questione complicata perché non si tratta solo di giuste tutele*, in *Guida al Diritto*, 2021, fasc. 30, pag. 12.

CONSO G., *Sintesi conclusiva: dalle vittime di reato alle vittime di diritti violati*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei*, n. 175, Roma, 2001.

CORATELLA C., *Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com, 2021.

C. COST., *Diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, relazione predisposta in occasione dell'incontro delle delegazioni della Corte Costituzionale e il Tribunale della Repubblica di Polonia*, Varsavia, 2006, in www.cortecostituzionale.it.

COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, 1993, pag. 319.

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

CURRERI S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018.

DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 2010.

DE FRANCESCO G., *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 1994, fasc. 2 (giugno), pag. 216.

D'ESPOSITO M., *L'art. 604 bis c.p.: propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in www.iusinitinere.it, 2020.

DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse ad uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988.

DI MUZIO F., *La tutela processuale della vittima di violenza*, in *Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2012, fasc. 3, pag. 58.

DOGLIANI M., GIORGI C., *Art. 3 Costituzione Italiana*, Roma, 2017.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2011, fasc.1, pag. 24.

DOLCINI E., *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, pag. 5 ss.

DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2014, fasc. 1, pag. 7.

FAZIO V., VIAZZI C., *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Pol. dir.*, 1972, n. 3-4, pag. 53.

FIANDACA G., *Relazione introduttiva a A.A.V.V, Verso un nuovo Codice penale*, Milano, 1993.

FIGLIANO C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.

FREUD S., *Al di là del principio di piacere* (1929), trad. it. di Durante A., Tascabili Economici Newton, 1993.

GOISIS L., *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, pag. 418.

GOISIS L., *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 40.

GOISIS L., *Crimini d'odio, omotransfobia e discriminazioni di genere: una proposta de lege ferenda*, in www.camera.it, 2020.

GOISIS L., *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homotransphobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *Genius*, 2020, fasc. 1, pag. 78.

GRAGLIA M., *Omofobia, strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2020.

GRILLINI F., *Diritti LGBT+ e omofobia: c'è ancora molta strada da percorrere*, in *IlBoLive*, 2020.

IMARISIO L., *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 28.

INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

LAWRENCE F.M., *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

LO GIUDICE L., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, in *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, a cura di CALAFÀ L., GOTTARDI D., Roma, 2009, pag. 324.

LUCIANI M., *La Libertà Di Espressione, Una prospettiva di diritto comparato*, in www.europarl-europa.eu, 2019.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANETTI M., *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

MANTOVANI F., *Diritto penale – P.G.*, Cedam, 1992.

MANTOVANO A., *Legge omofobia perché non va. La proposta Zan esaminata articolo per articolo*, Siena, 2020.

MARCHEI N., *“Sentimento religioso” Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, Milano, 2006.

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2018.

MASARONE D., *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, fasc. 3, pag. 397.

MICUCCI M., *L'istigazione a delinquere: tra tentativo, fattispecie autonoma e concorso di persone nel reato*, in *Giurisprudenza Penale*, 2012.

MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, 1859.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.

MONTAGNA M., *Vittime del reato (profili processuali e penali)*, in *Digesto*, 2018.

MORASSUTTO L., *Omofobia e medioevo italiano*, in *GenIus*, 2015, fasc. 1, pag. 65.

MUSCO E., *Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione?* in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. 1945-1990*, vol. 2, a cura di BASSIOUNI M.C., LATAGLIATA A.R., STILE A.M., 1991, vol. II, pag. 5.

NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

NICASTRO G., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2015.

NOTARO D., *Analisi delle modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. Pen.*, 2006, pag. 401.

NUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005.

NUVOLONE P., *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, 1962, pag. 421.

OLIVETTI M., *Diritti fondamentali*, Torino, 2020.

ONNIS J., *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Università di Cagliari*, vol. XLVIII (1973-1974), Milano, 1975, pag. 83.

OROFINO M., *Art. 21 Cost: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, in *Rivista dei media*, 2019, fasc. 2, pag. 77.

OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009.

PACE A., MANETTI M., *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 14, pag. 23.

PAGLIARO A., *Legge Penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, pag. 1044.

PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1997.

PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, fasc. 3, pag. 849.

PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PASSAGLIA P., *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*, in *Foro italiano.*, 2004, IV con osservazioni di MANZIN MAESTRELLI S., *Sodomia e diritti fondamentali: una svolta nella giurisprudenza costituzionale della Corte suprema statunitense*).

PAULESU P.P., *Vittima del reato e processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, fasc. 2, pag. 388.

PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

PELISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e Processo*, 2006, fasc. 8, pag. 960.

PELISSERO M., *Omofobia e palusibilità dell'intervento penale*, in *Genlus*, 2015, fasc. 1, pag. 15.

PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

PINKER S., *The Better Angels of Our Nature. Why Violence has Declined*, New York, 2011.

PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2008, fasc.11, pag. 287.

PONTI S., *Il DDL Zan spiegato articolo per articolo*, in *Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, 2021.

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, 2015, fasc. 1, pag. 8.

PULITANÒ D., *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. Giur.*, 2006, pag. 745.

RAWLS, *The Basic Liberties and Their Priority*, in *The Tunner Lectures on Human Values*, 1981.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, fasc. 1, pag. 55.

PUTATURO DONATI M. G., *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in www.europeanrights.eu, 2015.

RICCARDI G., *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure concedendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, pag. 1113.

RICCARDI G., *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

RIDOLFI A., *I reati di opinione tra Stato liberale e fascismo ([Crimes of opinion between the liberal State and fascism])*, in *Historia et Ius*, 2015, fasc. 8, pag. 87.

RONCO M., *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in www.lanuovabq.it, 2013.

RONCO M., *Il principio di legalità*, in *Scritti patavini*, tomo I, Padova, 2017.

SANTORO V., *La tutela della vulnerabilità. Riflessioni penalistiche e buone prassi per emersione e prevenzione dei reati. Riduzione del danno e tutela delle vittime nel processo penale*, in *Ars Iuris, Rivista online Unità per la Costituzione*, 2019.

SBRICCOLI M., *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Trattato di Carrara al Programma di Manzini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1973, vol. II, pag. 607.

SCHABAS W., *War crimes and Human Rights. Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, London, Cameron May Publishing, 2008.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

SIRACUSANO P., *Commento agli artt. 402-406*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, 4a ed., Torino, 2012.

SPENA A., *Diritti e giustificazioni*, ed. provvisoria, Palermo, 2005.

SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, fasc. 2-3, pag. 689.

SPENA A., *La parola odio. Sovra esposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pag. 577.

VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZSACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI.

VIGGIANI G., *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in *GenIUS*, 2020, fasc. 1, pag. 107.

VITALE A., *Hate speech e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio*, in *La Giustizia Penale*, 2020, fasc. 2, pag. 99.

VON HENTIG, *"The Criminal and his Victims"*. *Studies Sociology of the Crime*, New Haven, 1948.

WINKLER M., STRAZIO G., *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011.

ZAVATTI P. – TRENTI A., *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1995, fasc. 4, pag. 565.