GIUSTIZIA INSIEME

Diritto Penale

L’omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera - B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro -

di Corrado CarusoVincenzo MilitelloBenedetta LiberaliAngelo SchillaciFrancesco Goisis Giandomenico Dodaro

10 novembre 2020

L’omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera – B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro -

Forum a cura di *Corrado Caruso* e *Vincenzo Militello*

Al crocevia del delicato confronto fra tutela delle condizioni personali da forme di discriminazione e rispetto della libertà di espressione, e intervenendo in una materia dove l’aspirazione alla determinatezza delle condotte penalmente illecite si scontra con notevoli problemi di sottostanti intese socio-valutative ampiamente condivise, l’approvazione alla Camera, lo scorso 4 novembre, del testo che contrasta le svariate forme che possono dare volto alle discriminazioni anche violente nei confronti di persone Lgbt e con disabilità rappresenta un importante passaggio in un dibattito politico-giuridico avviato da più legislature.

L’occasione è sembrata opportuna per stimolare una riflessione aggiornata da parte di studiosi che, da prospettive tanto costituzionalistica – Benedetta Liberali e Angelo Schillaci – quanto penalistica – Luciana Goisis e Giandomenico Dodaro -, hanno variamente già incrociato le questioni sul tappeto. Le diverse prese di posizione che seguono concordano sull’importanza sotto molteplici profili delle prospettate modifiche, che allineano il nostro ordinamento al contesto sovranazionale

ed internazionale e in qualche caso (come in relazione alla tutela nei confronti della disabilità) lo fanno risaltare rispetto ad altre soluzioni nazionali, pur senza tacere delle incognite di interventi normativi che ampliano le possibili accezioni della nozione di discriminazione, specie se corredate dall'intervento del diritto penale.

C.C. e V.M.

[in coda il forum in formato pdf ed il ddl approvato alla Camera]

Benedetta Liberali

Sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere nei nuovi artt. 604-bis e 604-ter c.p.: una questione (non solo) definitoria

1. Con la modifica degli artt. 604-*bis* (*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*) e 604-*ter* (*Circostanza aggravante*) c.p. approvata nel testo unificato di diverse proposte di legge dalla Camera dei Deputati il 4 novembre 2020 (AA.C. 107, 569, 868, 2171 e 2255) e trasmesso al Senato della Repubblica (A.S. 2005) si intendono prevenire e contrastare condotte di discriminazione e di violenza "per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità".

In particolare, viene inserito il riferimento a queste nozioni nella prima disposizione, laddove prevede il reato di istigazione alla discriminazione o di discriminazione e il reato di istigazione alla commissione o di commissione di atti di violenza o provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oltre che il divieto di ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo che abbia come scopo l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, con conseguente modifica del titolo della rubrica (art. 2); mentre nella seconda si prevedono nuove circostanze aggravanti, per i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo, che determina un aumento di pena fino alla metà, affiancando tali riferimenti alle finalità già ivi previste, ossia quelle di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3).

2. Nella prospettiva di verificare e individuare i profili di maggiore interesse dal punto di vista del diritto costituzionale di tali modifiche, che attengono innanzitutto al rispetto dei principi di determinatezza, di uguaglianza e di ragionevolezza, oltre che della libertà di manifestazione del pensiero, è necessario soffermarsi preliminarmente sulle **nozioni** di "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere", considerando che nella nostra Carta costituzionale vi è "solo" un espresso riferimento al "sesso", oltre che alle generiche "condizioni personali" (art. 3, comma primo, Cost.), certamente idonee a ricomprendere anche quelle ultime

nozioni, così come la "disabilità" (su cui si veda, da ultimo, G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2020).

Con il termine "orientamento sessuale" si indica "la scelta del genere del *partner* nell'ambito della sfera erotico-affettiva" (E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea,* Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 6 s.). Si intende, quindi, fare riferimento alla "direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene" (*ibidem*, 7), mentre l'identità sessuale ricomprende "sia la componente dell'orientamento sessuale, nella quale è qualificante la dimensione relazionale, sia quella dell'identità di genere" (*ibidem*, 7).

A questo proposito, e avendo riguardo alle due categorie di soggetti espressamente considerate nella relazione che accompagnava una delle prime proposte (AC 569), ossia le persone omosessuali e transessuali, occorre ricordare come più correttamente di identità sessuale si possa parlare in riferimento alle prime, che non aspirano ad appartenere a un sesso diverso da quello biologico, bensì a non essere discriminati per la scelta affettiva e sessuale di un *partner* di sesso uguale; mentre in relazione alle seconde sia maggiormente conferente il riferimento all'identità di genere, poiché esse mirano al riconoscimento di questa identità, sia dal punto di vista fisico sia da quello anagrafico (*ibidem*, 8).

In generale, quindi, certamente la locuzione "orientamento sessuale" "è per sua natura complessa dato che rappresenta il risultato dell'interazione multipla dei diversi significati assumibili dai due fattori che la compongono: *orientamento* affiancato a *sessuale*" (L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio,* Giuffrè, Milano, 2007, 177 s.). L'orientamento sessuale, infatti, "si riferisce, in termini astratti, alle preferenze o inclinazioni di una persona di ordine sessuale, mentre in termini concreti appare idoneo a contenere il riferimento a condotte, pratiche, espressioni o manifestazioni varie (fisiche, verbali e non verbali) di natura sessuale. Anche il termine sessuale ha una duplice connotazione indicando, nel contempo, «un'attrazione o una condotta affettiva ed erotica» così come il sesso o genere delle persone interessate" (*ibidem*, 178).

Occorre, invece, ulteriormente distinguere rispetto alle nozioni di "identità di genere" e "identità sessuale", essendo la seconda riconducibile più direttamente all'orientamento sessuale, mentre la prima al mutamento di sesso. E, infatti, "Pur non negando che tra le due dimensioni esista una sorta di contiguità semantica e che anche la sessualità sia parte integrante dell'identità delle persone si preferisce, in ultima istanza, riservare la locuzione identità di genere alle sole questioni di mutamento di sesso, da donna a uomo e da uomo a donna" (*ibidem*, 179). In questa

direzione, peraltro, è possibile ricomprenderle entrambe nella più ampia "identità personale" (sulla quale si veda A. Cerri, *Identità personale*, Enciclopedia giuridica Treccani, 1995).

A tale proposito, il testo unificato opportunamente inserisce in via esplicita le definizioni di *sesso* (da intendersi quale "sesso biologico o anagrafico"), di *genere* (ossia "qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso"), di *orientamento sessuale* (inteso come "l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi") e di *identità di genere* (ossia "l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dal- l'aver concluso un percorso di transizione") (art. 1).

3. Dal punto di vista, dunque, del rispetto del **principio di determinatezza della legge penale** (art. 25 Cost., sul quale si rinvia a M. D'Amico, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 315 ss.), non sembrerebbero porsi profili problematici, soprattutto laddove si consideri che, al di là delle definizioni recate dalla stessa proposta di legge, non solo l'omosessualità e la transessualità sono termini ormai entrati nel linguaggio comune, ma anche (e soprattutto) che la Corte costituzionale ha avuto diverse occasioni per riconoscerne e valorizzarne il fondamento costituzionale.

Si pensi, innanzitutto, con riguardo al "fenomeno" del transessualismo (al riguardo si veda A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, Milano, 2014), alle ben note decisioni nn. 98 del 1979 e 161 del 1985, alla legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) e, infine, ancora, al più recente intervento della Corte con la sentenza n. 221 del 2015.

Se con la decisione del 1979 (sulla quale si veda S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1178 ss.) la Corte non ritenne configurabile, da parte sua, un vero e proprio diritto inviolabile alla rettificazione del sesso, demandando ala legislatore ogni possibile regolamentazione in materia, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 164 la sentenza n. 161 del 1985 colloca in modo particolarmente significativo tale disciplina "nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale". Secondo la Corte il legislatore avrebbe fatto proprio un "concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato", in cui acquisiscono rilievo non solo gli organi genitali esterni e primari, ma anche gli elementi psicologici e sociali, che concorrono a determinare una "concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato

o ricercato l’equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti”.

Significativo, peraltro, risulta il passaggio della motivazione in cui la Corte da un lato sottolinea che non può intendersi violato l’art. 2 Cost., nel momento in cui viene “assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità”, dall’altro che, di conseguenza, “gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale”.

Nel 2015 la Corte respinge l’interpretazione della legge n. 164 che induceva a ritenere necessario, ai fini dell’ottenimento della sentenza di rettificazione del sesso, anche i trattamenti chirurgici altamente invasivi aventi a oggetto i caratteri sessuali primari. Questi ultimi, ad avviso del Giudice delle Leggi, costituiscono “solo una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali” e ciò costituisce il naturale “corollario di un’impostazione che − in coerenza con supremi valori costituzionali − rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare [...] il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l’identità di genere”. E, infatti, la stessa possibilità di rettificare il proprio sesso è configurabile “in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica”.

Con riguardo alle persone omosessuali, la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010 (rispetto alla quale si vedano le considerazioni di M. D’Amico, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, C, 85 ss.), pur non ritenendo di poter estendere loro il “diritto al matrimonio” (art. 29 Cost.), ha espressamente riconosciuto l’unione omosessuale quale formazione sociale tutelata dall’art. 2 Cost., “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

E, ancora, nella più recente sentenza n. 221 del 2019, pur non consentendo l’accesso alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo alle coppie omosessuali femminili, la Corte ha tenuto a chiarire che tale decisione viene adottata “a prescindere dalla capacità [...] della coppia omosessuale [...] di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali”. Tale decisione, inoltre, è stata richiamata dalla più recente sentenza n. 230 del 2020, con cui si è

sottolineato che, se "il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata".

4. Le modifiche degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., inoltre, consentono di soffermarsi su un ulteriore profilo che potrebbe risultare problematico, ossia quello del rispetto del **principio di uguaglianza** e, dunque, del **divieto di discriminazione**. In particolare, ci si potrebbe interrogare sulla possibile configurazione di una sorta di "discriminazione alla rovescia", laddove si introduca, di fatto, una "tutela rafforzata di omosessuali e transessuali contro comportamenti motivati da omofobia o da transfobia" (E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti Proposte di legge*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, I, 24 ss.).

A una risposta negativa pare potersi pervenire innanzitutto se si considera che l'art. 3 Cost. vieta di introdurre discriminazioni irragionevoli, dovendosi al contrario prevedere trattamenti differenziati per situazioni che presentano elementi specifici tali da giustificarne, appunto, l'introduzione. In questa prospettiva, "la particolare vulnerabilità di una categoria di soggetti, ove sia empiricamente dimostrabile e venga in effetti dimostrata, rappresenta un sufficiente fondamento di ragionevolezza per una tutela rafforzata di quei soggetti" (*ibidem*).

In secondo luogo, e in ogni caso, occorre tenere conto che, in fondo, con le espressioni "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere", per come esse sono state declinate nel testo approvato dalla Camera, ben si ricomprendono anche ulteriori "condizioni" attinenti alla sfera sessuale e, dunque, per esempio, anche quella eterosessuale, non ponendosi alcuna limitazione alle loro potenzialità interpretative in senso espansivo.

5. Un ultimo profilo che occorre segnalare attiene alla "**scelta strutturale**" di prevedere da un lato **nuove e autonome fattispecie di reato** e dall'altro **circostanze aggravanti** del trattamento sanzionatorio relativo a vigenti ipotesi delittuose. Tale profilo si collega strettamente a un'ulteriore possibile criticità, ossia quella relativa al rischio di introdurre nell'ordinamento reati di opinione che violino, evidentemente, la **libertà di manifestazione del pensiero** (art. 21 Cost.).

Proprio rispetto alla scelta di introdurre una autonoma fattispecie di reato, infatti, si potrebbero paventare maggiori criticità, laddove in particolare le motivazioni connesse al sesso, al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere (come anche alla disabilità) potrebbero condurre ad avvicinarsi al pericoloso crinale della punizione di manifestazioni del pensiero (al

riguardo, si vedano le osservazioni di A. Pugiotto, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIus*, 2015, I, 6 ss.).

Al riguardo, però, occorre esaminare il tenore letterale della modifica dell'art. 604-*bis* c.p.

La disposizione vigente al suo primo comma prevede 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". La proposta di modifica non sembra inserire i riferimenti al sesso, al genere, all'orientamento sessuale, all'identità di genere e alla disabilità alla condotta di propaganda delle idee, ma "solo" a quelle di istigazione alla commissione o di commissione di atti di discriminazione, violenza e provocazione alla violenza. E così pure, se si considera la modifica relativa al 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", l'inserimento delle sopra citate nozioni si riferisce a condotte che devono pur sempre consistere in condotte di "incitamento" e, dunque, non di "mera manifestazione del pensiero".

La proposta di modifica nel testo unificato approvato dalla Camera, peraltro, ha cura di specificare che è esclusa la responsabilità penale derivante dalla "libera espressione di convincimenti od opinioni", così come dalle "condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte", sempre che esse non siano "idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti" (art. 4).

Richiamando le considerazioni svolte sul necessario chiarimento delle nozioni di "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere", si può, da ultimo, rilevare come resti particolarmente opportuna la stessa scelta del legislatore in questa direzione, anziché lo specifico riferimento alle (sole) omosessualità e transessualità (o omofobia e transfobia). E, all'interno di questa scelta, ancora, ci si potrebbe interrogare sulle motivazioni che hanno condotto il legislatore a fare riferimento nell'art. 604-*bis* c.p. ai "motivi" e nell'art. 604-*ter* c.p. alle "finalità" (a questo proposito si veda ancora E. Dolcini, cit., che si sofferma sulle possibili differenti scelte lessicali, richiamando le espressioni "Per finalità di", "per motivi di" e "in ragione di").

Angelo Schillaci

A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà

1. Il testo in materia di prevenzione e contrasto delle discriminazioni e della violenza fondate su sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere – ora anche disabilità – approvato dalla Camera dei Deputati nella seduta del 4 novembre 2020 è il risultato dell'approvazione in testo unificato di diverse proposte di legge, avvenuta in Commissione Giustizia il 30 luglio 2020, a seguito di un serrato e approfondito confronto nella maggioranza, che ha visto il contributo anche di alcuni esponenti di forze di opposizione (e in particolare di una porzione del gruppo di Forza Italia).

Rispetto ai numerosi progetti di legge presentati e discussi nelle ultime legislature sul tema (a partire almeno dal 1996), la proposta di legge Zan si caratterizza per alcuni profili di sostanziale novità.

2. Anzitutto, essa affronta la questione del contrasto delle discriminazioni e della violenza di matrice misogina, omolesbobitransfobica e abilista rinunciando ad un approccio antidiscriminatorio di tipo soltanto episodico o occasionale – vale a dire, finalizzato a contenere o reprimere episodi di discriminazione e violenza una volta che essi si siano verificati – e scegliendo di intervenire anche sulle condizioni strutturali della discriminazione e della violenza, con misure di carattere preventivo, oltre che di concreto sostegno alle vittime. In questo quadro, la scelta di integrare le previsioni di cui agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale appare soltanto come uno dei tasselli di una azione più comprensiva, in linea peraltro con il carattere sussidiario e residuale dell'intervento repressivo penale che ispira il nostro ordinamento. A ciò si aggiungono, infatti, specifici interventi – disciplinati dagli articoli 6, 7, 8 e 9 – che mirano a superare le condizioni strutturali e sistemiche della discriminazione e della violenza, con riferimento però alla sola matrice omolesbobitransfobica, per evitare sovrapposizioni con gli strumenti già previsti dall'ordinamento per la prevenzione della discriminazione e della violenza contro donne e persone con disabilità e per il sostegno delle vittime.

3. In secondo luogo, significativi elementi di novità si riscontrano anche in relazione alle modalità di intervento sul codice penale. La proposta di legge estende, come accennato, il novero delle condizioni personali protette dalle fattispecie penali introdotte dalla cd. legge Reale-Mancino (legge 13 ottobre 1975, n. 654, come modificata dal decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122) e successivamente confluite negli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale per effetto del decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21: attualmente, tali disposizioni reprimono – da un lato – la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e – dall'altro – l'istigazione al compimento e il compimento di atti discriminatori o violenti per motivi razziali,

etnici, nazionali o religiosi (art. 604-*bis* c.p.) e aggravano altresì, fino alla metà, la pena prevista per altre fattispecie di reato se commesse per i medesimi motivi (art. 604-*ter* c.p.).

La proposta di legge estende alle condotte motivate da sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità esclusivamente le due fattispecie autonome di istigazione e compimento di atti discriminatori e violenti di cui all'art. 604-*bis*, e l'aggravante di cui all'art. 604-*ter*: la fattispecie di propaganda di idee resta pertanto circoscritta a quelle fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (e ciò è reso evidente, in modo particolare, dalla novella della rubrica dell'art. 604-*bis*, di cui all'art. 1 della proposta in esame). A differenza di quanto avvenuto in passato, dunque, per un verso la proposta di legge individua le condizioni personali protette, piuttosto che il movente represso (omotransfobia, misoginia o abilismo, ad esempio); per l'altro, non limita l'intervento alle condotte motivate da orientamento sessuale o identità di genere ma, recependo specifiche sollecitazioni emerse nel corso del ciclo di audizioni, lo ha esteso – fin dall'approvazione del testo unificato – alle condotte motivate dal sesso e dal genere e, nel passaggio d'Aula, anche dalla disabilità della vittima.

La scelta di enunciare le condizioni personali protette in luogo del movente del delitto è particolarmente significativa non solo dal punto di vista della tassatività della formulazione del precetto penale, ma anche ai fini di un inquadramento dell'intervento legislativo nella prospettiva del riconoscimento giuridico – e della conseguente protezione – di dimensioni della dignità personale ritenute ricche di valore e meritevoli di tutela. Non si è dunque in presenza – come pure è stato osservato nel dibattito pubblico – di una norma che crei una qualche forma di "privilegio" per "categorie" o "minoranze" protette, come dimostra anzitutto la formulazione della norma in termini neutri (qualunque sesso, qualunque genere, qualunque orientamento sessuale e qualunque identità di genere sono meritevoli di protezione): tutto al contrario, l'intervento legislativo in esame intende assicurare il riconoscimento giuridico di dimensioni di vita ed esperienza che, in un momento storico dato, sono apparse al legislatore come particolarmente vulnerabili (non in sé, ma in conseguenza di specifiche dinamiche socio-culturali) e meritevoli di protezione, anche in chiave di temperamento di quelle stesse dinamiche. Ciò risulta con particolare evidenza proprio in relazione all'introduzione della disabilità tra le condizioni personali protette: a differenza infatti dell'aggravante già prevista dall'articolo 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, la quale aggrava la pena prevista per taluni reati solo in virtù del fatto che gli stessi siano commessi ai danni di una persona con disabilità, sia la fattispecie autonoma di reato (art. 604-*bis*) che l'aggravante (art. 604-*ter*) configurano una tutela rafforzata, colpendo la lesione dello specifico valore ascritto alla condizione personale, nel caso di condotte *motivate* da quest'ultima.

4. A tale riguardo, deve poi osservarsi che – a seguito di una condizione specificamente posta dalla Commissione Affari costituzionali e dal Comitato per la legislazione nei pareri – l’Aula ha approvato un emendamento recante le definizioni delle condizioni personali protette, a esclusione della disabilità, che ritrova la propria definizione consolidata nell’articolo 1, comma 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18).

Tale integrazione si è resa necessaria per assicurare – come da rilievo delle Commissioni richiamate – il principio di tassatività della legge penale. Alla base dello sforzo definitorio vi è dunque la necessità di mantenere in equilibrio l’incidenza delle definizioni stesse su dinamiche di riconoscimento – e, dunque, il rischio di misconoscere specifiche dimensioni della dignità delle condizioni definite – e la specifica funzione delle definizioni medesime, che è quella di guidare il giudice nell’applicazione di norme destinate al contrasto delle discriminazioni e della violenza. Non è in questa sede possibile, per ragioni di spazio, diffondersi sulle singole definizioni: basti notare, a mo’ di esempio, che tale tensione è ben confermata dalla definizione prescelta per l’identità di genere. Una definizione che, da un lato, riprende la consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità sulla dimensione relazionale dell’identità di genere (si parla, infatti, di identificazione “percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso”) e dall’altro, in linea con quella stessa giurisprudenza, esclude la corrispondenza biunivoca tra il riconoscimento dell’identità di genere e la conclusione di un percorso di affermazione di genere: peraltro, l’uso del termine “percorso di transizione” in luogo di quello di procedimento di “rettificazione di attribuzione di sesso” (che è la dizione utilizzata dalla legge 14 aprile 1982, n. 164) consente di ritenere che il legislatore abbia inteso dare protezione anche a quelle situazioni di vita ed esperienza delle persone trans che – pur non avendo intrapreso il procedimento disciplinato dalla legge n. 164/1982 – abbiano tuttavia iniziato un percorso di affermazione del genere di elezione nella vita personale e di relazione.

L’Assemblea ha così dato risposta alla condizione formulata dalla I Commissione e dal Comitato per la legislazione, che invitavano a meglio definire i confini tra le condotte discriminatorie colpite dall’articolo 604-*bis* del codice penale: e in effetti, la disposizione definitoria approvata – opportunamente combinata con la definizione di atti discriminatori già contenuta nell’articolo 2 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (che riprende, a sua volta, le definizioni di discriminazione diretta e indiretta elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE) – pare suscettibile di individuare in modo sufficientemente tassativo il perimetro di applicazione della fattispecie penale.

5. Strettamente collegato con l'inquadramento dell'intervento legislativo in esame nella prospettiva del riconoscimento di dimensioni della dignità è il profilo – assai dibattuto – della compatibilità tra la proposta integrazione dell'articolo 604-*bis* c.p. (in relazione alle due fattispecie di istigazione alla discriminazione e di istigazione alla violenza) e la libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'articolo 21 della Costituzione, aspetto sul quale già si arenò la discussione su analoga proposta di legge nel corso della legislatura precedente.

Si tratta di un aspetto di sicuro rilievo, che evoca il tema più generale della convivenza tra diverse visioni del mondo e della vita nelle società pluralistiche, e al miglior modo di gestire la concorrenza tra di esse quando siano in gioco aspetti della dignità personale. Un tema peraltro già affrontato (e risolto), a ben vedere, dalla giurisprudenza interna e sovranazionale che, negli anni, si è fatta carico di individuare con sufficiente precisione il confine tra ambito dell'intervento penale, tutela della libertà di espressione e concorrente istanza di rispetto della dignità. Così, nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria, è sufficiente richiamare le pronunce con le quali – in relazione alle fattispecie di istigazione in generale, e a quelle normate dalla cd. legge Reale-Mancino in particolare – si è correttamente ritenuto che la linea di confine tra libertà di espressione e condotte penalmente rilevanti sia da individuare nella idoneità delle opinioni espresse a determinare il concreto pericolo del compimento degli atti conseguenti (cfr. ad esempio *ex multis* C. cost., sent. n. 65/1970; Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2015, n. 42727). Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo – ad esempio nei due recenti casi *Lillendahl v. Islanda* (12 maggio 2020, ric. n. 29297/18) e *Beizaras and Levickas c. Lituania* (14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15), che riprendono peraltro l'orientamento già espresso in *Vejdeland c. Svezia* (9 febbraio 2012, ric. n. 1813/07) – ha chiaramente affermato che il ricorso alla norma penale per limitare la libertà di espressione è consentito e non viola la Convenzione qualora sia diretto a colpire attacchi ai diritti e alla dignità di altri con chiaro intento discriminatorio. Analoga posizione è stata di recente espressa dalla Corte di Giustizia UE nel caso *NH c. Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford* (23 aprile 2020, in c. C-507/18, specie par. 52).

Sebbene dunque l'equilibrio tra le contrapposte istanze fosse già desumibile dall'ordinamento vigente, nel corso dei lavori parlamentari la maggioranza ha accolto la sollecitazione proveniente da alcuni settori interni a essa e dal gruppo di Forza Italia e volta a introdurre una specifica salvaguardia per la libertà di espressione. Su questa base, è stato inserito, già in Commissione, l'articolo 3, rubricato "Pluralismo delle idee e libertà delle scelte" e formulato nei termini di una norma di principio secondo cui "ai sensi della presente legge, sono consentite la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee e alla libertà delle scelte". Anche su tale disposizione si è appuntata una

condizione posta dalla Commissione Affari costituzionali nel proprio parere per l'Aula, con la richiesta di formulare l'enunciato in termini più precisi e idonei a delimitare l'ambito della salvaguardia. Esclusa – come ben testimoniato dal dibattito d'Aula del 28 ottobre 2020 – la possibilità di riformulare la disposizione nei termini di una esclusione *a priori* della punibilità di talune opinioni o condotte (ipotesi non coerente con gli equilibri già consolidati richiamati in precedenza e, soprattutto, suscettibile di radicare una irragionevole disparità di trattamento tra i beni già protetti dagli articoli 604-*bis* e 604-*ter* c.p. e quelli protetti dalla novella in commento), è stato approvato un emendamento che: a) precisa che la salvaguardia vige non "ai sensi" ma "ai fini della presente legge", così ancorandola più decisamente alla finalità antidiscriminatoria della medesima; b) sostituisce "sono consentite" con "sono fatte salve", così testimoniando in modo ancor più preciso che la legge si limita a ribadire in termini di principio gli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza; c) afferma in modo esplicito che la salvaguardia opera, purché opinioni e condotte non siano idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti.

6. È stato così individuato dal legislatore, in una parola, il punto di equilibrio tra riconoscimento e solidarietà, nel quadro di un intervento normativo rivolto a reprimere discriminazione e violenza, e a superarne le condizioni strutturali e sistemiche. Da un lato, infatti, nell'immagine del soggetto giuridicamente rilevante entrano a pieno titolo le diverse dimensioni dell'identità affettiva, sessuale e di genere così come la specifica condizione di vita ed esperienza delle persone con disabilità. Dall'altro, il riconoscimento di profili identitari e caratteristiche personali è messo a sistema con la salvaguardia della molteplicità di visioni del mondo e della vita che, quando non attingono la soglia di offensività delle condotte discriminatorie e violente, trovano tutela nelle dinamiche di un sistema costituzionale aperto, democratico, pluralista ma, al tempo stesso, saldamente orientato al rispetto della dignità personale nelle sue diverse dimensioni, anche relazionali.

Giandomenico Dodaro

La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire da d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche.

1. .Contro l’odioso fenomeno delle discriminazioni di persone Lgbt il disegno di legge Zan e altri, approvato dalla Camera dei deputati il 4 novembre 2020, estende l’ambito applicativo degli artt. 604-bis e ter c.p. della Sezione I-bis – Dei delitti contro l’eguaglianza, ai comportamenti motivati da sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere [1]

La proposta è frontalmente avversata, innanzitutto, da coloro i quali, dentro e fuori il mondo cattolico, sono contrari al riconoscimento da parte dello Stato della rilevanza giuridica di orientamenti sessuali e identità di genere, non allineati o non “adeguati” al sesso biologico della persona, in quanto implicherebbe una espressa ricezione di una concezione, quella *gender*, tutt’altro che pacifica a livello culturale e scientifico, accrescendo in ambito giuridico le incertezze interpretative e applicative relative alla stessa nozione di discriminazione. Argomentano, inoltre, i più che l’incriminazione dell’istigazione, in forma individuale o associata, e della commissione di atti dalla dubbia natura discriminatoria comporterebbe un’ingiustificata compressione di libertà costituzionalmente tutelate (ricerca, educazione, associazione, educazione, religione). Più in particolare, il delitto dell’art. 604-*bis* lett. a) c.p., adombrando una sorta di reato d’opinione, realizzerebbe primariamente una compressione della libertà di espressione e della libertà di agire nelle relazioni interpersonali, nei più disparati contesti di vita, coerentemente alle proprie convinzioni religiose o morali relative a ruoli, identità, affetti, sessualità e relazioni. In definitiva, la norma penale non si limiterebbe a incriminare solamente la realizzazione di veri e propri atti di discriminazione soggettiva nei confronti delle persone Lgbt, ma anche disparità di trattamento che trovano giustificazione nell’esercizio di libertà costituzionali, accrescendo il rischio di incorrere nel delitto per credenti e non credenti impegnati nella difesa di concezioni dell’identità contrarie alla teoria *gender*. Per queste ragioni si ritiene preferibile continuare a contrastare gli episodi di omo-transfobia facendo applicazione delle norme incriminatrici vigenti, eventualmente aggravate dalla circostanza dei “motivi abietti o futili” di cui all’art. 61, n. 1 c.p., o mediante il ricorso all’apparato del c.d. diritto antidiscriminatorio, che tutela alcuni dei caratteri che contribuiscono a definire l’identità della persona, in alcuni ambiti e a determinate condizioni, e per lo più con sanzioni

civilistiche.

2. .Tali critiche e preoccupazioni escono ridimensionate solo in parte dal testo approvato dalla Camera dei deputati

È confermato l’impianto di fondo della proposta, focalizzata sulla criminalizzazione della discriminazione, violenta e non violenta, agita o istigata, con esclusione della mera propaganda di idee. Ad entrare in tensione con l’art. 21 Cost. continua a essere l’incriminazione dell’istigazione. La questione può forse ritenersi sdrammatizzata, non certamente superata, dall’inserimento nell’art. 4 di una clausola di stile, che afferma, recependo un costante indirizzo di giurisprudenza costituzionale e convenzionale, che «ai sensi 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 e violenti». Il riconoscimento della legittimità dell’istigazione *solo a determinate condizioni* segna un punto di equilibrio coerente con la Costituzione, che però conferma il carattere problematico della compatibilità dei delitti d’opinione con le esigenze della convivenza all’interno di una società plurale, come continua a ribadire ampia parte della letteratura giuridica.

Inoltre, per cercare di contenere la vaghezza del significato normativo dell’espressione discriminazione per sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere, il disegno di legge introduce all’art. 1 le definizioni dei suddetti caratteri identitari. Si tratta di nozioni conformi a letture *mainstream*, tutt’altro che esaustive e condivise nel dibattito scientifico, sulle quali è prevedibile che si appunterà l’analisi critica dei commentatori.

La distinzione tra discorsi leciti e atti vietati non sembra riuscire a superare in maniera convincente e risolutiva le critiche più severe mosse contro la proposta di riforma, la quale sembra rappresentare, anche per ulteriori ragioni che nello spazio ristretto di questo contributo non potranno essere analizzate (es. perseguibilità d’ufficio, irrigidimento della disciplina delle circostanze del reato), l’ennesima dimostrazione di un uso simbolico e particolaristico del diritto penale.

Ci limitiamo a rilevare che nell’incriminazione dell’art. 604-*bis* lett. a) c.p., rimane irrisolta la questione relativa a cosa debba intendersi per “discriminazione”, e a quali condizioni si possa ritenere che la discriminazione di una persona raggiunga la soglia dell’offensività penalmente

rilevante. L'interrogativo è tutt'altro che marginale e tocca direttamente il cuore del problema di un delitto contro l'uguaglianza. Basti fare un esempio: sarebbe qualificabile come istigazione punibile l'organizzazione di una manifestazione finalizzata a esercitare pressione sulle forze politiche di orientamento cattolico, affinché votino contro una proposta di legge mirante a riconoscere a coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio? Stante la polisemia del termine, è arduo non considerare discriminatorio il voto del parlamentare, non avendo alcun pregio rilevare che l'art. 68 Cost. garantisce l'insindacabilità per i voti dati.

3. Discriminatorio può ragionevolmente ritenersi un atto di violenza o un qualsiasi reato motivato dal sesso, dal genere, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima. Il rispetto dei diritti fondamentali non ammette distinzioni basate sulle caratteristiche soggettive costitutive dell'identità della persona.

Trattandosi di fatti già penalmente rilevanti, si potrebbe discutere della reale utilità di un ulteriore irrigidimento sanzionatorio (artt. 604-*bis* e *ter* c.p.), ritenendosi, invece, pacifica la sua giustificazione. Un regime sanzionatorio più severo per reati commessi per ragioni omo-transfobiche trova un fondamento nel carattere plurioffensivo del fatto, lesivo non solo dei singoli beni giuridici tutelati dalla norma di parte speciale, ma lesivo altresì del bene dell'uguaglianza, negata da un reato la cui commissione, secondo la definizione di *hate crime* fornita dall'Ocse, trova origine proprio in un motivo di pregiudizio contro una caratteristica soggettiva, l'identità sessuale, protetta dall'ordinamento giuridico contro eventuali discriminazioni.

Problematica è, invece, la qualificazione di atti, normalmente leciti, che assumono natura penale in quanto motivati da sesso, genere, orientamento sessuale o identità di genere, i quali sono potenzialmente in grado di essere ricondotti al delitto dell'art. 604-*bis* lett. a) c.p. Per quanto l'incriminazione abbia carattere residuale, la sua sfera applicativa è potenzialmente molto estesa, corrispondente al significato che si ritiene corretto assegnare al termine discriminazione, ed è in grado di proibire anche fatti bagatellari. La scarsa o nulla applicazione giudiziaria dell'incriminazione non consente di desumere utili criteri interpretativi, alimentando semmai ulteriori perplessità sulla reale utilità della norma. Peraltro, non è affatto chiaro quali comportamenti i sostenitori della riforma ritengano debbano essere puniti attraverso il delitto dell'art. 604-*bis* lett. a) c.p. Se l'obiettivo che si vuole colpire, sono i biasimevoli comportamenti, di cui si sente parlare nel dibattito parlamentare, di genitori che "buttano fuori di casa" il figlio maggiorenne ed economicamente indipendente perché omosessuale, o che rifiutano di affittagli

casa per andare a vivere con il compagno transessuale, la scelta di estendere l’incriminazione appare ancora più discutibile per l’ingerenza che si realizzerebbe in un contesto complesso come le relazioni familiari.

4. .Per comprendere l’espressione “discriminazione” il giudice penale trova punti di riferimento nella legislazione antidiscriminatoria, nazionale e sovranazionale, relativa a diversi campi di materia, dalla quale mutua accezioni differenti del termine

Nel diritto antidiscriminatorio convivono, ormai da tempo, più nozioni di discriminazione, corrispondenti a diversi paradigmi discriminatori e correlate a distinte concezioni dell’uguaglianza, affermatesi nel diritto comunitario. La frammentazione dell’idea di uguaglianza non sarebbe l’espressione di un atteggiamento ambivalente del legislatore, ma semmai la dimostrazione della consapevolezza della necessità di dare risposte diverse a forme diverse di discriminazione, e dello spostamento del baricentro della tutela antidiscriminatoria dall’uguaglianza alla differenza in ragione dell’affermarsi della dignità umana come valore dotato di significato normativo.

Accanto alla tradizionale teoria dell’uguaglianza come parità di diritti, un nuovo paradigma è venuto a delinearsi nelle fonti sovranazionali di nuova generazione, le quali mostrano la tendenza a un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria a favore delle differenze soggettive, ritenute in sé portatrici di un autonomo e uguale valore. Questo nuovo approccio si manifesta in maniera evidente in quella particolare nozione di discriminazione che fa coincidere il comportamento vietato con la molestia, definita come «quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo» (art. 26 “Codice di pari opportunità”). Questa nozione allargata di discriminazione, dai confini difficilmente definibili, segna un punto di rottura con il passato. Riconoscendo all’individuo un diritto assoluto a non essere discriminato, appresta una tutela diretta alla dignità, il cui attivarsi sembrerebbe prescindere dalla comparazione tra fattispecie omogenee rispetto al riconoscimento di diritti in condizioni di parità. A quest’ultimo modello di uguaglianza sembrerebbe ispirarsi la nozione di discriminazione cui guarda con

favore una parte della dottrina penalistica, che ritiene di poter identificare nella violazione del principio dell’uguale valore delle differenze l’essenza stessa dei crimini d’odio, sulla falsariga della legislazione penale antidiscriminatoria di altri Paesi (Francia e Spagna).

Nel complesso quadro giuridico attuale non risulta, dunque, possibile stabilire una nozione unitaria di discriminazione, rilevante per l’art. 604-*bis* c.p., il quale appare destinato a operare sulla base di una pluralità di accezioni normative di discriminazione, a seconda del campo di materia.

La frammentarietà della nozione di discriminazione non solo appare difficilmente conciliabile con le esigenze di determinatezza della fattispecie penale, ma si riflette negativamente anche sulla possibilità di ravvisare, nella multiforme varietà degli atti di discriminazione per sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, la sussistenza di un’offesa al bene giuridico, quale che sia il modello di uguaglianza cui essa fa riferimento. Tale rischio aumenterebbe in maniera esponenziale, qualora si affermasse la tendenza, suggerita anche dal diritto penale antidiscriminatorio straniero, a leggere il delitto come ulteriormente sanzionatorio di ipotesi di discriminazione di matrice extra-penale, o si slargasse la nozione di discriminazione appiattendola sul concetto giuslavoristico di molestia.

Che si intenda per “atto di discriminazione” la negazione dell’uguaglianza delle differenze o una disparità di trattamento ingiustificata, il giudice sarà chiamato al difficile compito di valutare la rilevanza del motivo che spiega il comportamento oggetto di giudizio, nel primo caso al fine di accertare la lesività dell’atto in sé, nel secondo caso per valutare la ragionevolezza del trattamento differenziato. Se in alcuni casi la valutazione non porrà soverchie difficoltà, in altre situazioni, specie di fronte a nuove domande di riconoscimento di diritti (matrimonio, adozione, Pma e, in specie, Gpa), si tratterà di un esame dagli esiti incerti, che richiederà al giudice di prendere posizione in un dibattito scientifico tuttora aperto. Al giudice, più che al decisore politico, il disegno di legge finisce per assegnare un ruolo cruciale nell’eliminazione delle disuguaglianze, con il rischio di surriscaldare ed esacerbare ulteriormente attraverso decisioni di segno contrario un dibattito già molto intenso, a discapito, potenzialmente, delle libertà costituzionali.

Le critiche mosse al disegno di legge mettono in evidenza una serie di criticità specifiche e generali dei delitti contro l’uguaglianza, che giustificherebbe un significativo e complessivo ripensamento del diritto penale antidiscriminatorio italiano.

[1] La sfera applicativa delle due fattispecie normative viene estesa, altresì, ai comportamenti discriminatori contro persone con disabilità.

Luciana Goisis

Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d’odio omotransfobico, di genere, per disabilità

1. La categoria dei crimini d’odio. Solo tematizzando la categoria dei *crimini d’odio* si può cogliere l’esigenza di una legge contro l’omotransfobia e le discriminazioni di genere, nonchè l’abilismo.

Volendo accogliere la definizione più accreditata di crimine d’odio, emersa in sede europea grazie all’Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione, nonché nell’ambito anglosassone ove la categoria nasce, si tratta di *crimini che si compongono di due elementi*: una *condotta* che costituisce *reato*; inoltre, la commissione di tale condotta deve essere ispirata da un *motivo di pregiudizio contro una “caratteristica protetta”, appartenente ad un gruppo*, come può essere la razza, la lingua, la religione, l’etnia, la nazionalità o altre caratteristiche simili, nelle quali si annoverano il *genere*, l’*orientamento sessuale* e l’*identità di genere* (talvolta, la *disabilità*).

A tale categoria vanno dunque ascritti oggi anche i crimini d’odio omotransfobico, nonché i crimini d’odio fondati sul genere, nei quali rientra la violenza di genere, e altresì i *crimini d’odio verso disabili*. A corroborare quest’ultima conclusione contribuisce l’apertura alla *prospettiva comparata* ove sono molte le legislazioni europee ed extraeuropee che contemplano una disciplina penalistica, oltre che in materia di crimini d’odio razziale e religioso, anche in materia di crimini d’odio omotransfobico e di genere (e talora per disabilità).

2. Il d.d.l. Zan et Alii. Se paragonata con il panorama legislativo straniero, l’esperienza italiana in materia di discriminazioni a sfondo omotransfobico e di genere è desolante. Il nostro Paese non dispone di alcuna legge antiomofobia, né contempla norme penali, di rango ordinario, che incriminino o aggravino il trattamento

sanzionatorio per la discriminazione fondata sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere, nonché sul genere della vittima. Scarne anche le norme in materia di abilismo

Tuttavia, *il quadro legislativo* italiano *sembra oggi destinato a mutare*.

È noto che il disegno di legge Zan *et Alii*, dal nome del relatore, approvato, come testo unificato (A.A. C. 107, 569, 868, 2171 e 2255), il 30 luglio 2020, in Commissione Giustizia e recante “Modifiche agli artt. 604-*bis* e *ter* c.p., in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale e di identità di genere”, si compone di 10 articoli, attraverso i quali si punta sia sulla *strategia repressiva* che su quella *preventiva*, al fine di contrastare le forme di discriminazione e violenza omotransfobica e misogina. Ad oggi, 4 novembre 2020, il d.d.l. ha superato il vaglio dell’Assemblea, con una *doverosa estensione della disciplina*, da noi già in altra sede auspicata, anche alla *disabilità*.

Gli attuali artt. 2 e 3 del d.d.l. modificano i delitti contro l’uguaglianza previsti agli artt. 604-*bis* e *ter* c.p. per aggiungere alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi gli atti discriminatori fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità. L’estensione riguarda le fattispecie di istigazione al compimento o di compimento di atti discriminatori e violenti, nonché la fattispecie associativa, mentre non si opera, opportunamente, l’ampliamento della fattispecie di propaganda (nonché dell’ipotesi del negazionismo), *evitando così di entrare in potenziale collisione con la libertà d’espressione*. L’art. 3 estende l’aggravante c.d. dell’odio razziale alle condotte fondate sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità. L’art. 4, frutto del c.d. emendamento Costa, reca una clausola dedicata al pluralismo delle idee e alla libertà delle scelte. L’art. 5 modifica l’art. 1 della l. 25 giugno 1993, n. 205 prevedendo il lavoro di pubblica utilità, già pena accessoria, anche nell’ipotesi di sospensione condizionale della pena e di sospensione del procedimento con messa alla prova. L’art. 6 modifica coerentemente l’art. 90-*quater* c.p.p. Infine, gli artt. 7, 8, 9 prevedono politiche di promozione della pari dignità delle persone LGBT e azioni di sostegno a favore delle vittime di reato. L’art.10 prevede un sistema di rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza.

Veniamo, entrando in *medias res*, all’obiezione più di frequente mossa a tale disegno di legge (essendo oggi superata quella circa la *precisione o tassatività normativa* grazie ad una norma

definitoria da ultimo inserita nel testo di legge all’art. 1)**[2]** – la sua *presunta natura liberticida*, invocata, come noto, nel dibattito pubblico, da esponenti delle forze conservatrici, nonché dalla stessa CEI in alcune esternazioni recenti: si tratta di obiezione *pretestuosa*.

In primis, la proposta di legge non estende la tutela alla fattispecie di propaganda, come si diceva. Ciò solo basterebbe ad escludere ogni preoccupazione in ordine a future limitazioni della libertà di espressione.

L’obiezione è strumentale altresì perché non tiene conto degli approdi giurisprudenziali consolidati nel nostro ordinamento giuridico: è pacifico che la *giurisprudenza costituzionale*, nonché quella *ordinaria*, ha costantemente interpretato le fattispecie istigatorie alla luce del *pericolo concreto*, *bilanciando gli interessi in gioco* – libertà di espressione e *dignità umana* – a favore della seconda, la pari dignità appunto, il bene giuridico tutelato dai delitti contro l’uguaglianza. In altre parole, la libertà di opinione non è posta in pericolo da tale riforma: né, del resto, si comprende perché l’obiezione debba valere solo per le discriminazioni omotransfobiche e di genere (ed oggi per disabilità) e non per quelle razziali e religiose, da sempre oggetto di presidio penalistico.

Ciononostante, come da noi sottolineato in audizione informale alla Commissione Giustizia, sarebbe stato opportuno prevedere, onde fugare ogni dubbio sul punto, al pari che negli ordinamenti anglosassoni, una clausola di salvaguardia della libertà d’espressione: in questa direzione, si è salutato con favore, pur nella perfettibilità della formulazione, il citato emendamento Costa che, accogliendo il suggerimento della Commissione Affari Costituzionali, ha inserito l’art. 3 (oggi art. 4) nel testo di legge unificato, recante una clausola siffatta. Tale clausola – apparentemente una causa di non punibilità – è stata oggi, a nostro avviso proficuamente, così riformulata, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali or ora ricordati: “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 e violenti”.

3. La necessità dell’intervento legislativo. Una seconda obiezione mossa nei confronti della proposta di legge attualmente all’esame del Parlamento si appunta sulla natura non necessitata dell’intervento legislativo. A nostro

avviso, ci sono tre ragioni dirimenti che depongono, al contrario, nel senso della irrinunciabilità della riforma in gestazione: la presenza di un obbligo internazionale alla criminalizzazione, obbligo corroborato dalla giurisprudenza della Corte EDU, il dato vittimologico, nonché ragioni di costituzionalità

I *documenti internazionali* in ordine all’omofobia consentono di evincere la sussistenza di un *obbligo di incriminazione* quantomeno *implicito* per i *crimini d’odio omofobico*.

Il complesso delle disposizioni internazionali contempla i numerosi documenti pattizi che prevedono un divieto di discriminazione (*art. 14 CEDU; art. 2 Trattato sull’Unione europea; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; art. 10/art. 19 Trattato sul funzionamento dell’Unione europea*). Vi sono altresì importanti *strumenti di* soft law: le *Risoluzioni sull’omofobia del Parlamento europeo del 2006 e 2012* che impongono l’intervento del diritto penale nella lotta contro l’omofobia. *Tali strumenti*, se non comportano un obbligo espresso di incriminazione, *rappresentano* tuttavia *un monito non trascurabile per il legislatore nazionale. Vi è unanimità di vedute in sede internazionale sull’opportunità del ricorso al diritto penale nella lotta ai discorsi d’odio, laddove essi si rivelino concretamente pericolosi:* ciò per l’operare della Convenzione di New York del 1965, della CEDU, dello stesso Statuto della Corte penale internazionale. *Tanto che si potrebbe ritenere che un obbligo di incriminazione, sulla base di siffatte norme, sussista anche per i crimini d’odio omotransfobico.*

Quanto alla *violenza di genere*, sono noti gli obblighi di criminalizzazione provenienti dalla *Convenzione di Istanbul*.

Non solo. L’analisi della *giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani* in materia di omofobia consente di cogliere l’*orientamento verso una tutela rafforzata delle minoranze sessuali.* Basti citare il noto caso *Vejdeland*: al pari dei crimini d’odio razziale, anche i crimini d’odio omofobico devono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale. In direzione analoga – sancendo la *prevalenza della dignità sulla libertà* – si pongono i recentissimi casi *Lielliendahl v. Islanda* e *Beizaras e Levickas v. Lituania*. *Non è pertanto da escludere che il Governo italiano sia esposto al rischio di una condanna della Corte europea, laddove si palesasse un caso di violenza omofoba, in considerazione del fatto che non si è ancora intervenuti a legiferare in materia.*

Pacifico è inoltre l'orientamento della Corte nella lotta alla *violenza di genere*, considerata un *trattamento disumano e degradante* (art. 3 CEDU).

Da ultimo, depone nel senso della irrinunciabilità di una legge in materia di omofobia e misoginia, nonché di abilismo, il *dato vittimologico*.

Con riferimento alla *violenza di genere* basti ricordare, secondo le ultime rilevazioni Istat, che essa interessa *6 milioni e 788 mila donne che hanno subito violenza fisica o sessuale nel corso della vita. "Lo zoccolo duro della violenza"*, scrive l'ente di ricerca, *"non è intaccato: stupri e tentati stupri sono stabili così come le forme più efferate di violenza fisica. La gravità delle violenze sessuali e fisiche è aumentata"*. Dati che trovano rispondenza anche nell'indagine dell' *Osservatorio per i diritti* (*Vox*) sull'odio verso le donne in rete: si scatena anche quando la cronaca narra casi di femminicidio (dal 2000 al 2018, *in media più di 3 a settimana*).

La *testimonianza della diffusione del fenomeno dell'omofobia* è data dalle *rilevazioni statistiche* dell'*Oscad* e dall'*Unar:* si registrano in Italia *fra il 2010 e il 2018, 2.532 segnalazioni*, di cui una parte costituenti reato. Per il 59,3% sono reati d'odio etnico/razziale, per il 18,9% d'odio religioso, per il *13% d'odio omofobico*, per il *7,8% reati contro disabili*, per l'*1,0% reati d'odio basati sull'identità di genere*. Anche se il *numero oscuro* fa presumere cifre molto più significative. A corroborare i dati statistici, sono intervenuti i *dati raccolti da Vox,* aggiornati al *2019,* che confermano una *lieve decrescita dell'odio omofobico, ma* segnalano che, *laddove si dibatte di famiglie omosessuali, l'odio riemerge* e *l'aggressività dei messaggi d'odio omofobico è forte*. *La recrudescenza degli atti di violenza omotransfobica è pertanto un fenomeno presente in Italia*: il che dimostra la *vulnerabilità dei soggetti LGBT*.

Molto consistenti, secondo i dati riferiti, anche i *crimini d'odio ai danni dei disabili*, soggetti fragili colpiti in ragione della loro diversità.

Tutto ciò rende, a nostro avviso e di parte della dottrina penalistica, urgente e pienamente giustificato l'intervento del legislatore penale, il quale, proprio in ragione del "trattamento differenziato dei distinti", imposto dall'art. 3 Cost., declinato alla luce del principio di ragionevolezza, dovrà approntare una tutela rafforzata dei soggetti in condizioni di debolezza (v. *Direttiva UE 29/2012*). Provvido pertanto l'ultimo emendamento al d.d.l., con conseguente nuova intitolazione del provvedimento legislativo e adeguamento delle relative disposizioni, che contempla anche la *disabilità* fisica e psichica fra i fattori di discriminazione (occorrerebbe tuttavia un coordinamento con la l. 104/1992). Cosicché il testo di legge oggi approvato alla Camera titola così: "*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per*

motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità": esso, contemplando anche la disabilità, si pone all'avanguardia rispetto ad altre legislazioni europee.

Sui *delitti contro l'uguaglianza* incombe attualmente un *sospetto di illegittimità costituzionale* poiché ancora la disciplina *non* contempla *tutte le caratteristiche protette* dall'art. 3 Cost. pur ispirandosi dichiaratamente a tale principio fondante che sancisce la "pari dignità dinanzi alle differenze". Per questa *ragione di costituzionalità*, a nostro avviso *ineludibile*, unitamente agli obblighi internazionali e ai moniti della Corte EDU, al dato vittimologico, nonché al *maggior disvalore penale delle condotte ispirate da odio omofobico e di genere*, oltre che per *disabilità*, si legittima pienamente l'attuale riforma di legge – ora destinata all'esame del Senato – che mira, da un lato, a combattere due fenomeni – l'*omofobia* e la *misoginia* – i quali sono frutto di una medesima *visione patriarcale*, non più accettabile né per le società moderne, né per le scienze giuridiche e segnatamente per il diritto penale contemporaneo, dall'altro, a completare il quadro di tutela verso i disabili – un gruppo storicamente oggetto di discriminazione – che sino ad ora prevedeva, quale norma *ad hoc*, la sola circostanza aggravante di cui all'art. 36 l. 104/1992.

[1] La sfera applicativa delle due fattispecie normative viene estesa, altresì, ai comportamenti discriminatori contro persone con disabilità.

[2] Il testo del disegno di legge approvato alla Camera prevede infatti una esaustiva norma definitoria (art. 1) dei termini "sesso", "genere", "orientamento sessuale" ed "identità di genere", ricostruiti secondo gli indirizzi ermeneutici prevalenti. Sotto il profilo del rispetto del principio di precisione della fattispecie penale, potrebbe residuare la sola questione della definizione della nozione di "atto di discriminazione" che andrebbe affrontata sulla falsariga di quanto fatto nell'ordinamento francese. La legislazione francese si caratterizza, infatti, per la previsione della discriminazione quale autonoma figura di reato (artt. 225-1 e 225-2 *c.p.*): qualsiasi distinzione operata fra le persone fisiche, sulla base dei fattori protetti, è punita con la pena di tre anni d' *imprisonnement* e la pena dell'*amende* pari a 45.000 euro. La definizione della nozione di discriminazione si ritrova nell'art. 225-2 *c.p.*: "*La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste: 1. A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service; 2. A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque; 3. A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne; 4. A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou*

225-1-2; 5. A subordonner une offre d’emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l’un des éléments visés à l’article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2; 6. A refuser d’accepter une personne à l’un des stages visés par le 2° de l’article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d’en interdire l’accès, les peines sont portées à cinq ans d’emprisonnement et à 75 000 euros d’amende”. Una indicazione definitoria di pari tenore si può tuttavia ricavare, in via interpretativa, come già accade ordinariamente nell’applicazione giurisprudenziale dei delitti contro l’uguaglianza, dal ricco quadro della normativa antidiscriminatoria sovranazionale e interna. Sia consentito sul punto, e sulla categoria dei crimini d’odio, il rinvio a L. Goisis, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.