

**Crimini d'odio, omotransfobia e
discriminazioni di genere: una proposta *de lege ferenda***
di Luciana Goisis

Professore di Diritto Penale nell'Università degli Studi di Sassari

SOMMARIO: 1. Premessa. I crimini d'odio. – 2. Le statistiche in ordine alla diffusione dell'omotransfobia e della violenza di genere. – 3. La delimitazione del concetto di *hate crime* omofobico. Una definizione alla luce dei documenti internazionali. – 4. La giurisprudenza recente della Corte EDU in materia di omofobia. – 5. Lo sguardo comparatistico. Brevi cenni. – 6. Il panorama legislativo italiano. Una proposta *de lege ferenda* sul terreno delle discriminazioni a sfondo omotransfobico e di genere.

1. *Premessa. I crimini d'odio.* – Per cogliere l'esigenza di una legge contro l'omotransfobia (e le discriminazioni di genere) occorre tematizzare la categoria dei **crimini d'odio**.

Se si guarda, segnatamente, alla definizione più accreditata di crimine d'odio, emersa in sede europea grazie alla proattività dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione (molto più incerto l'inquadramento nella dottrina criminologica e penalistica), si evince che si tratta di **crimini che si compongono di due elementi**: innanzitutto una **condotta** che costituisce **reato** (qualsiasi tipo di reato); in secondo luogo, la commissione di tale condotta deve essere ispirata da un **motivo di pregiudizio (*bias*) 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*, oltre, talvolta, la disabilità¹. **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**, oggetto di un obbligo di incriminazione, come noto, a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia.

2. *Le statistiche in ordine alla diffusione dell'omotransfobia e della violenza di genere.* – Avevamo modo di osservare, in altro scritto, come l'**omofobia** – intesa, secondo la felice definizione contenuta nella *Risoluzione sull'omofobia in Europa* del maggio del 2012 (e ancor prima in quella del 2006), come **“una paura e un'avversione irrazionale provate nei confronti dell'omosessualità maschile e femminile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT), sulla base di pregiudizi”**, ed **“assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo”** –, sia **“un fenomeno fortemente radicato nella realtà sociale, italiana e straniera”** e come tale acquisizione sia **“sotto gli occhi di tutti”**². Secondo la recente Risoluzione dell'Unione europea, tale fenomeno si manifesta, sia nella sfera pubblica che in quella privata, sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, giustificate con motivi di ordine pubblico, di libertà religiosa e di diritto all'obiezione di coscienza. Molte di tali condotte, lo ricordiamo, assurgono al rango di fatti penalmente rilevanti e soprattutto possono essere inquadrate nell'ampia categoria criminologica – di derivazione anglosassone – dei crimini d'odio e dei discorsi d'odio, ossia quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere. La discriminazione diviene cioè la ragione prima del crimine: in tal caso si è dinnanzi ad una discriminazione in base all'orientamento sessuale. Discriminazione e crimini d'odio che la Risoluzione invita a condannare e sanzionare.

La testimonianza della diffusione del fenomeno dell'omofobia, in tutte le forme sopra descritte, ci è data dalle **rilevazioni statistiche** raccolte in numerosi Paesi stranieri ed anche nel nostro

¹ Cfr. OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, p. 16. Cfr. sul tema *funditus* L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.

² L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 1. In senso analogo si esprime E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 32.

ordinamento giuridico sugli *hate crimes*. Benchè non manchino oggi nell'ordinamento italiano dati statistici significativi sui crimini d'odio omofobico, assai più ricca e dettagliata è la raccolta di dati quantitativi operata nei Paesi anglosassoni, segnale, oltre che di una ben più risalente tradizione di studi empirici rispetto alla nostra, di una maggior consapevolezza della grave realtà dei crimini d'odio, cui va senz'altro ascritta l'omofobia, spesso accompagnata da previsioni penali, e, in definitiva, di una maturità culturale assente nel nostro Paese (i dati sugli *hate crimes* relativi all'Inghilterra e al Galles e aggiornati gli anni 2017 e 2018, registrano 94.098 crimini di tale natura, per il 12% crimini d'odio omofobico)³.

Pur in assenza di dati statistici ufficiali così dettagliati riferiti all'ordinamento italiano, sia per quanto riguarda i crimini d'odio razziale (per i quali tuttavia esiste una legislazione penale!) sia per quanto riguarda i crimini d'odio omofobico, sono attualmente disponibili, le rilevazioni fornite dall'**Oscad** e dall'**Unar**. L'Oscad, Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, in collaborazione con l'Unar, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, raccoglie **i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità**. Stando ai dati forniti dall'Oscad, si registrano in Italia **fra il 10 settembre 2010 e il 31 dicembre 2018, 2.532 segnalazioni** (un numero evidentemente non irrisorio), di cui solo una parte costituente reato, per le quali vi sono stati arresti e denunce. In particolare, per il 59,3% (897) sono reati d'odio etnico/razziale, per il 18,9% (286) si tratta di reati d'odio religioso, per il **13,0% (197) di reati d'odio omofobico**, per il 7,8% (118) di reati contro disabili, per l'1,0% (15) di reati d'odio basati sull'identità di genere. Per l'Italia, secondo le diverse rilevazioni dell'**Osce**, si registrano, nel 2016, 736 crimini d'odio, 494 crimini d'odio razziale, 204 crimini contro disabili, 38 crimini d'odio omofobico o di genere. Il dato aggiornato al 2017 testimonia di un incremento dei crimini d'odio: si tratta di 1.048 reati d'odio, prevalentemente di odio razziale e xenofobo, contro disabili e omofobico⁴. Il dato relativo al **2018** comprova un ulteriore incremento: **1111 crimini d'odio**.

Non si può disconoscere che, oltre a questi dati di recente emersione, le testimonianze della presenza di una forte violenza omofobica anche nel tessuto sociale italiano sono numerose ed attendibili: innanzitutto si segnalano **i rapporti stilati da Arcigay sulla base delle notizie relative ad episodi di chiaro stampo omofobico registrate annualmente dai mass-media**. Il ritratto che emerge dal rapporto **2019** dei casi di omotransfobia, annotati dal 17 maggio 2018, è preoccupante: sono **187** i casi di omotransfobia registrati dalla stampa, in crescita rispetto ai 119 casi dell'anno precedente. Ovviamente questo numero non esaurisce la dimensione del fenomeno (non tutte le discriminazioni o le violenze omotransfobiche finiscono sui giornali) ma il raffronto di questo indicatore con quelli degli anni passati traccia un *trend* che non può non allarmare⁵. Un aspetto, che nell'ultimo anno si è vistosamente accentuato, è quello dell'omotransfobia istituzionale, "paradossale", sottolinea Arcigay, "in un Paese che solo tre anni fa si è dotato di una legge per il riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso"⁶. Si va da episodi di minacce e violenze ai danni di attivisti LGBT così come di atti vandalici presso le sedi associative, a ricatti, quasi sempre a scopo estorsivo, proprio sul piano della visibilità dell'orientamento sessuale, sino ad aggressioni violente, pestaggi ed omicidi di chiaro stampo omofobico.

Anche il dato quantitativo in crescita, oltre a quello qualitativo circa la gravità degli episodi, colpisce. Stando infatti al rapporto disponibile per gli anni 2013-2014, si registravano in quegli anni 75 notizie di aggressioni (la metà circa rispetto ad oggi), fisiche o verbali, di natura omofobica⁷. Senza contare delle numerose esternazioni provenienti da esponenti del mondo politico e istituzionale,

³ Per citare il solo esempio inglese, guardando alle recenti statistiche dell'*Home Office* inglese, si evince chiaramente la consistenza dei reati ispirati da discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, reati inferiori numericamente solo ai delitti motivati da discriminazione razziale. Si veda il sito www.homeoffice.gov.uk.

⁴ Cfr. www.interno.gov.it, nonché hatecrime.osce.org/italy.

⁵ Cfr. ARCIGAY, *Omotransfobia, 187 casi nel report 2019 di Arcigay*, al sito www.arcigay.it.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. V. BRANÀ, (a cura di), *Report Omotransfobia 2013-2014*, 2014, p. 1.

nonché religioso, caratterizzate da un linguaggio incendiario, carico di odio o minaccioso nei confronti degli omosessuali⁸, cresciute nell'ultimo anno, come dimostra il rapporto citato, esternazioni che da sole rendono conto del clima culturale in cui l'omofobia cresce e si alimenta.

A corroborare i dati statistici e le rilevazioni mediatiche operate da Arcigay, sono intervenuti, da ultimo, **i dati raccolti da Vox, l'Osservatorio per i diritti**, che ha operato una mappatura dell'intolleranza sulla base dello studio dei messaggi d'odio in rete. In particolare dalla terza mappatura dell'odio in rete emerge che negli anni 2017-2018 è diminuito l'odio omofobico (scendono da 13.195 nel 2017 a 8.727 nel 2018 i *tweet* negativi). I dati più aggiornati al **2019**, forniti dalla quarta mappatura dell'odio in rete, confermano una **lieve decrescita dell'odio omofobico, ma segnalano anche che, laddove si dibatte di famiglie omosessuali, l'odio riemerge**, specie in occasione di eventi controversi come il *Forum* delle Famiglie recentemente tenutosi a Verona: i *tweet* negativi nel 2019, nel periodo marzo-maggio 2019, sono 7.808 contro 3.933 *tweet* positivi, su un totale di *tweet* pari a 11.741. Tuttavia, l'aggressività dei messaggi d'odio omofobico, stando al tenore dei medesimi e al linguaggio utilizzato, è particolarmente forte⁹. Emerge altresì dalle ultime rilevazioni di Vox che nel 2019 sono stati 187 gli episodi di omotransfobia, un dato in linea con quello riportato da Arcigay: il 70% degli studenti omosessuali subisce bullismo a scuola, sono aumentate del 6% le discriminazioni sul luogo di lavoro ai danni delle persone LGBT, le segnalazioni al numero verde contro l'omotransfobia sono oltre 20.000, soprattutto provenienti da minori.

Si può dunque affermare, alla luce dei dati statistici, senza timor di smentita, che, se tradizionalmente il crimine d'odio è per antonomasia il crimine d'odio razziale, oggi quest'ultimo si contende il campo, per così dire, con i delitti ispirati da omofobia.

La recrudescenza qualitativa, oltre che quantitativa, degli atti di violenza omofobica è dunque un fenomeno presente anche in Italia: ciò dimostra chiaramente **la vulnerabilità dei soggetti LGBT**, in quanto vittime sistematiche di aggressioni motivate dalla sola avversione verso il loro orientamento sessuale¹⁰. **Ciò rende, a nostro avviso e di parte della dottrina penalistica, urgente e pienamente giustificato¹¹, l'intervento del legislatore e innanzitutto del legislatore penale, il quale, proprio in ragione del "trattamento differenziato delle situazioni oggettivamente diverse", imposto dall'art. 3 della Costituzione italiana, come declinato alla luce del principio di ragionevolezza, dovrà approntare una tutela rafforzata di soggetti che la realtà criminologica dimostra trovarsi in condizioni di debolezza e di vulnerabilità¹².** Le acquisizioni criminologiche e psichiatriche lo confermano inequivocabilmente. La criminologia e la psichiatria riferiscono degli effetti dannosi che i crimini a sfondo omofobico generano sulla vittima: la rielaborazione del trauma sarebbe ostacolata e resa particolarmente lunga in ragione della indifferenza che tali episodi suscitano nell'ambito del contesto socio-culturale circostante. Inoltre, si riconosce in dottrina che la lesione del rapporto di riconoscimento che sta alla base del movente omofobico presenta una **potenzialità di danni avvicinati a quelli prodotti dal razzismo**: "danni individuali diretti (depressione e disistima nelle persone; induzione ad atti di violenza contro gli omosessuali o da parte di omosessuali, come reazione all'aggressione subita); danni sociali indiretti (il c.d. *silent effect*, ossia il fatto che la sottoposizione di un gruppo a continui attacchi può avere come effetto indurre la vittima al silenzio; la discriminazione opera come una sorta di inquinamento acustico, un rumore di fondo che crea un ambiente ostile o quantomeno di forte diffidenza)"¹³.

Pertanto, nonostante oggi l'omosessualità sia maggiormente accettata a livello sociale, permangono ampi rischi di vittimizzazione per i soggetti LGBT, ragione che spiega perché in sede europea **la Direttiva UE 29/2012** abbia incluso **l'espressione di genere, l'identità di genere e**

⁸ Cfr. sul punto E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 24 s.

⁹ Virulente e fortemente offensive le espressioni indirizzate in rete verso le persone omosessuali, secondo le rilevazioni di Vox. Cfr. www.voxdiritti.it.

¹⁰ Su tale vulnerabilità, si veda E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 24.

¹¹ Cfr. sul punto M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 2015, 1, p. 18.

¹² Cfr. E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

¹³ Così M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., p. 24.

l'orientamento sessuale fra le caratteristiche vittimologiche protette, in ragione della particolare vulnerabilità di tali vittime. Con riferimento alla **violenza di genere**, secondo gli ultimi dati dell'Istat, aggiornati al 2019, basti ricordare un dato su tutti: essa interessa **6 milioni e 788 mila donne che hanno subito violenza fisica o sessuale nel corso della vita**¹⁴. L'Istat osserva come emergano, in realtà, a dispetto di un dato incoraggiante relativo ad una lieve flessione delle violenze, segnali decisamente negativi e niente affatto trascurabili. **“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”**¹⁵. Negli ultimi cinque anni, infatti, a confronto con i cinque anni precedenti al 2006, sono aumentate le violenze da parte di *partners* ed *ex partners*: sono in crescita esponenziale le donne che hanno subito ferite (dal 26,3% al 40,2%), le violenze molto gravi o mediamente gravi sono cresciute dal 64% al 76,7%, le donne che hanno temuto per la propria vita in seguito alla violenza subita crescono dal 18,8% al 34,5%. Soprattutto si evidenzia un aumento della gravità delle violenze provenienti da non *partners*. In definitiva, la violenza di genere, sintetizzando gli esiti della ricerca empirica, resta un fenomeno allarmante, sia *quantitativamente* che *qualitativamente*. Dati che trovano risponidenza anche dall'indagine di Vox sull'odio verso le donne in rete: un odio che si scatena anche quando la cronaca narra casi di femminicidio e registra nel 2018 100.899 *tweet* negativi contro 42.537 positivi. L'Osservatorio documenta altresì complessivamente 3.100 **femminicidi** dal 2000 al 2018, **in media più di 3 a settimana**, per lo più per mano di un *partner*, *ex partner* o un parente.

3. *La delimitazione del concetto di hate crime omofobico. Una definizione alla luce dei documenti internazionali.* – Un'indagine sulle declinazioni dell'omofobia nell'ambito dei **documenti internazionali** può consentire di delineare una definizione esaustiva di omofobia e di crimine d'odio omofobico, utile se non indispensabile, come diremo, in prospettiva *de lege ferenda*.

Ad un primo – di necessità fugace e non esauriente – sguardo, il complesso delle disposizioni internazionali in materia contempla innanzitutto quegli strumenti pattizi che prevedono un divieto di discriminazione. A livello europeo si segnala innanzitutto l'**art. 14 della CEDU** che prevede un generale divieto di discriminazione; lo stesso **Trattato sull'Unione europea**, all'**art. 2**, definisce il rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza e dei diritti umani fondamentali; inoltre, più specificamente, l'**art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** vieta ogni forma di discriminazione, fondata, tra l'altro, sull'orientamento sessuale. Anche il **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea**, all'**art. 10**, chiarisce che, nella definizione e attuazione delle sue politiche, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso oltre che sull'orientamento sessuale, un divieto di discriminazione rafforzato dall'**art. 19** del medesimo Trattato, ove si prevede che il Consiglio d'Europa possa assumere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, sull'orientamento sessuale¹⁶.

Vi sono altresì importanti **strumenti di soft law**, pur se non vincolanti sul piano normativo: innanzitutto **le Risoluzioni sull'omofobia del Parlamento europeo del 2006 e 2012**, già ricordate; la Risoluzione adottata dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, del giugno 2011, la prima in materia di orientamento sessuale e identità di genere; la Risoluzione n. 1728 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dell'aprile 2010, sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, e la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei ministri, del marzo 2010, sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere¹⁷. Così come nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la lotta contro l'omofobia risulta essere uno degli obiettivi prioritari del

¹⁴ A. BATTISTI, *La violenza contro le donne. Dai nuovi dati statistici ai nuovi strumenti di contrasto e di prevenzione*, Istat, 6.03.2019, reperibile al sito www.istat.it.

¹⁵ Così A. BATTISTI, *La violenza contro le donne*, cit., slide 15.

¹⁶ F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d'espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, p. 7 s.

¹⁷ Cfr. M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., p. 16.

programma adottato dal Consiglio europeo nel 2009 per gli anni 2010-2014. Tale politica europea riconosce, infatti, nella “diversità” una fonte di ricchezza per l’Unione e gli Stati membri.

La stessa Corte europea dei diritti umani, come approfondiremo in seguito, ha equiparato la discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale alla discriminazione razziale¹⁸.

Non solo. Stando al **Rapporto** stilato nel 2011 in seno al Consiglio d’Europa ad opera di Thomas **Hammarberg**, ritenuto uno dei più importanti studi condotti di recente sull’omofobia¹⁹, emerge chiaramente che **un numero estremamente elevato di persone è oggi discriminato a cagione del proprio orientamento sessuale in Europa** e che atteggiamenti omofobici e transfobici sono stati identificati in tutti i 47 Paesi membri del Consiglio d’Europa. Stando ai dati attuali, aggiornati al 2019, **sono cresciuti i Paesi europei che prevedono o la circostanza aggravante d’odio omofobico o il reato di incitamento all’odio, alla violenza, alla discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale²⁰.**

A dispetto della numerosità dei documenti internazionali, qui ricostruiti nelle linee essenziali, si apprezzano – sotto il profilo definitorio – soprattutto le due Risoluzioni sull’omofobia del Parlamento europeo, la prima del 2006 e la seconda del 2012, la quale ricalca nella sostanza la precedente, entrambe fondate sull’affermazione del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a *minoranze*, alle quali vengono ascritte le persone LGBT.

Come abbiamo già ricordato, la definizione di crimine d’odio omofobico che si può trarre dalla **Risoluzione** del 24 maggio 2012 è la seguente: **“una paura e un’avversione irrazionale provate nei confronti dell’omosessualità maschile e femminile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT), sulla base di pregiudizi”**, la quale “è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo”²¹.

Si tratta di una **definizione che richiama direttamente il contenuto del crimine d’odio**, posto che individua l’avversione pregiudiziale verso una caratteristica protetta – l’orientamento sessuale – propria di un gruppo – il gruppo LGBT – assimilando in tutto e per tutto, come farà la Corte EDU, l’omofobia al razzismo. Per questa ragione riteniamo sia la **definizione di crimine d’odio omofobico da accogliere**. Così come riteniamo che tale nozione di omofobia assicuri garanzie di rispetto del principio di precisione laddove si scegliesse di apprestare una tutela penale a favore delle vittime di crimini d’odio omofobico nel nostro Paese.

La Risoluzione del 2012 **si segnala** anche per la condanna decisa di tutte le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere, per l’invito agli Stati membri a garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* dai discorsi omofobi di incitamento all’odio e alla violenza, per l’esortazione agli Stati membri e alla Commissione a condannare con fermezza i discorsi d’odio omofobi o l’incitamento all’odio e alla violenza nonché ad assicurare che la libertà di manifestazione, garantita da tutti i trattati sui diritti umani, sia effettivamente rispettata, per la **richiesta alla Commissione di rivedere la decisione quadro sul razzismo e la xenofobia per rafforzarne e ampliarne il campo di applicazione, onde includere i reati di odio basati sull’orientamento sessuale, l’identità di genere e l’espressione di genere**.

Ancor più esplicita, in ordine al ricorso al diritto penale nella lotta all’omofobia, si dimostrava la precedente **Risoluzione** del 2006, la quale esortava, al punto 9, “la Commissione a prendere in considerazione il **ricorso alle sanzioni penali** per i casi di violazione delle direttive basate

¹⁸ L. GOISIS, *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, p. 418 ss.

¹⁹ T. HAMMARBERG, *Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Council of Europe, 2011, p. 5 ss., p. 7.

²⁰ Si veda *infra*, par. 5.

²¹ La precedente formulazione, pressoché analoga, presente nella Risoluzione del 2006, recitava: “una paura e un’avversione irrazionale nei confronti dell’omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo”. Cfr. L. GOISIS, *Omofobia*, cit., p. 1.

sull'articolo 13 del trattato" e chiedeva, al punto 10, "agli Stati membri di adottare qualsiasi altra misura che ritengano opportuna nella lotta all'omofobia e alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e di promuovere e di adottare il principio dell'uguaglianza nelle loro società e nei loro ordinamenti giuridici". Analogamente, la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei ministri, del marzo 2010, sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere, impone agli Stati membri di garantire che, nella determinazione della pena, possa costituire circostanza aggravante la motivazione legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere.

Tali strumenti di soft law, se non comportano all'evidenza, per la loro intrinseca natura, come evidenziato in dottrina, un obbligo espresso di incriminazione del crimine d'odio omofobico²², **rappresentano tuttavia un monito non trascurabile per il legislatore nazionale** – se non si richiede espressamente il ricorso al diritto penale, a nostro avviso, lo si invoca implicitamente anche nella Risoluzione del 2012 – cui si aggiunge, come vedremo, la chiara sollecitazione da parte della Corte europea dei diritti umani ai legislatori nazionali in favore della predisposizione di una strategia di contrasto, anche attraverso il diritto penale, all'omofobia. **Ciò che è certo è che, in sede internazionale, si esclude che vi possano essere divieti di incriminazione dell'hate crime omofobico e soprattutto del discorso d'odio omofobico, hate speech** la cui definizione si può rintracciare nella Raccomandazione (97) 20 del Consiglio d'Europa: "qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza"²³.

Si afferma, in sede europea, come l'hate speech non trovi alcuna tutela alla luce dell'art. 10 della CEDU, che sancisce sì il diritto alla libertà d'espressione, ma un diritto "condizionato" dall'esigenza di tutela di diritti altrettanto rilevanti. Si chiosa, inoltre, in tale sede, icasticamente, anche alla luce delle legislazioni che hanno imboccato tale strada, nel senso che "*definire l'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione contro le persone LGBT come un reato può coesistere con il rispetto della libertà d'espressione*"²⁴.

Ebbene, tale inquadramento dell'hate speech omofobico mostra come **vi sia unanimità di vedute in sede internazionale sull'opportunità del ricorso al diritto penale nella lotta ai discorsi d'odio omofobico, rafforzata a nostro avviso anche dalla presenza di un più generale obbligo internazionale, imposto alla legislazione nazionale dall'art. 117, comma 1 Cost., alla repressione penale delle altre forme di hate speeches, razziale, religioso e nazionale, laddove essi si rivelino concretamente pericolosi. Ciò per l'operare, tra l'altro, della Convenzione di New York del 1965, della CEDU, dello stesso Statuto della Corte penale internazionale**: ci riferiamo, in particolare, alla Convenzione di New York, come ratificata con legge 654/75, all'art. 14 della CEDU che prevede il divieto di discriminazione (cui si aggiunge l'art. 19 TFUE che vieta condotte discriminatorie, tra l'altro, in riferimento all'orientamento sessuale), nonché all'art. 7, comma 1, lett. h) dello Statuto della Corte penale internazionale, che prevede, quale crimine contro l'umanità, la persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività per motivi politici, razziali, etnici, nazionali, religiosi, culturali, sessuali, o per motivi riconosciuti inammissibili dal diritto internazionale, laddove la persecuzione sia commessa in connessione con un atto richiamato nello stesso comma o con qualsiasi crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte²⁵. **Tanto che si potrebbe ritenere che un obbligo di**

²² Cfr. M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., p. 18.

²³ Così nella Raccomandazione No. (97) 20 del Consiglio d'Europa. Cfr. A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3.

²⁴ FRA, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 36 ss., p. 37 e p. 38 per la citazione. Si rimanda *ivi* per la ricca trattazione delle legislazioni europee in materia.

²⁵ Sul tema, e per l'affermazione di tale obbligo internazionale, si rinvia a G. PAVICH-A. BONOMI, *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 alla Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, p. 15 ss.

incriminazione, sulla base delle norme da ultimo richiamate, sussista anche per i crimini d'odio omofobico.

4. *La giurisprudenza recente della Corte EDU in materia di omofobia.* – 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.**

Viene in rilievo innanzitutto il noto caso *Vejdeland*²⁶. La sentenza si iscrive nell'alveo delle numerose decisioni emesse dai giudici di Strasburgo in tema di libertà d'espressione, garantita dall'art. 10 della CEDU, e limiti all'esercizio del diritto, contemplati nel paragrafo 2 del medesimo articolo.

Ebbene, la Corte EDU si è trovata a dirimere una questione di asserita violazione dell'art. 10, paragrafo 1, in relazione ad una ipotesi di limitazione all'esercizio del diritto, ritenuta conforme alla legge e necessaria in una società democratica al fine di tutelare la reputazione e i diritti altrui, in particolare la reputazione e i diritti di un gruppo, identificato in base all'orientamento sessuale. **Per la prima volta cioè la Corte applica i principi del discorso offensivo contro determinati gruppi sociali al gruppo, identificato in base alla identità sessuale, degli omosessuali²⁷, riconoscendo, seppur implicitamente, come legittima e necessaria una limitazione al diritto alla libertà d'espressione, laddove esso sia esercitato "in maniera irresponsabile"²⁸, o, in altre parole, laddove si integrino gli estremi dell'abuso del diritto.**

La sentenza si segnala perché sceglie di dare una risposta al dibattuto problema dell'utilizzo della sanzione penale nella lotta contro i crimini d'odio: al pari dei crimini d'odio razziale, anche i crimini d'odio omofobico – che la Corte equipara quanto a gravità sottolineando come "la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è tanto grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l'origine o il colore" – possono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale. È legittimo, dunque, secondo la Corte europea dei diritti umani, che i legislatori statali si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia. Questa legittimazione a chiare lettere dello strumento penalistico sul terreno dell'omofobia, al pari di quanto già avviene sul terreno del razzismo, costituisce, a nostro avviso, l'aspetto di maggior interesse di tale decisione.

In una direzione analoga, ma ancor più eloquente, quella cioè di un obbligo di criminalizzazione, si pone la più recente sentenza *M. C. e A.C. v. Romania* del 12 aprile 2016²⁹.

Come è stato osservato, il ricorso in parola "ha dato alla Corte Edu la possibilità di consolidare una posizione già espressa in relazione alle violenze motivate dall'odio razziale e ad ampliarla fino a comprendere i trattamenti che rientrano nell'ambito dell'articolo 3 Cedu e che sono, o potrebbero essere stati, perpetrati in ragione dell'orientamento sessuale delle vittime"³⁰.

²⁶ Si tratta della sentenza della Corte EDU, del 9 febbraio 2012, *Vejdeland et alii v. Svezia*, No. 1813/07, sulla quale sia consentito per un commento il rinvio a L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico*, cit., p. 418 ss.

²⁷ Così, nella *concurring opinion*, i giudici Spielmann e Nussberger: "*In paragraph 54 of the judgment the Court elaborates its reasoning step by step, applying for the first time the principles relating to speech offensive to certain groups to speech against homosexuals*". Si veda, per tale motivazione separata, il sito www.penalecontemporaneo.it, ove la sentenza è pubblicata per esteso: in particolare, cfr. P. F. POLI, *La condanna per la distribuzione in una scuola superiore di volantini aventi contenuto pregiudizievole nei confronti degli omosessuali non viola l'art. 10 Cedu*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, p. 1 ss. del saggio telematico, nonché sia consentito il rinvio a L. GOISIS, *Libertà d'espressione*, cit., p. 419.

²⁸ Così la Corte nella motivazione, al par. 55, riferendosi al precedente *Féret v. Belgium*, 16 luglio 2009, No. 15615/07, par. 73.

²⁹ Corte EDU, *M. C. e A.C. v. Romania*, 12 aprile 2016, No. 12060/12. Per un commento alla sentenza, si veda C. DANISI, *Omofobia e discriminazione: la continua evoluzione nell'interpretazione della Cedu*, in *Articolo29*, 2016, p. 1 ss. del saggio telematico reperibile al sito della rivista sugli studi di genere www.articolo29.it, nonché C. FATTA, *Hate Crimes all'esame della Corte di Strasburgo: l'obbligo degli Stati di proteggere i membri della comunità LGBTI*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2016, 10, p. 1330 ss.

³⁰ Così C. DANISI, *Omofobia*, cit., p. 1 del saggio *on line*. Si veda dello stesso Autore, ID., *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

La vera novità consiste pertanto nella riconduzione degli “*hate crimes* nell’alveo dei trattamenti degradanti”³¹.

Tuttavia, **la sentenza si segnala per un ulteriore e più prorompente profilo di novità poiché enuclea un principio destinato a riverberarsi negli ordinamenti degli Stati membri: essa infatti riconosce in capo agli Stati l’obbligo e il dovere di proteggere gli esponenti della comunità LGBT.**

I giudici europei traggono, dunque, delle conclusioni in termini di obblighi positivi: si appuntano infatti sulla necessità di introdurre strumenti appositi – anche di natura penale – contro le violenze motivate dall’odio omofobico, così di fatto prevedendo un ***implicito obbligo di incriminazione dei crimini d’odio omofobico***. Così come era stato fatto dalla Corte nel precedente *Identoba et alii v. Georgia*, del 12 maggio 2015³², si ribadisce la sussistenza in capo agli Stati contraenti di un obbligo positivo di repressione dei trattamenti degradanti subiti in ragione del proprio orientamento sessuale e ciò anche in assenza di una legge specifica sull’omofobia (come nel caso della Romania all’epoca dei fatti)³³. Di fatto, i giudici di Strasburgo imboccano la via della tutela rafforzata dell’orientamento sessuale: tra la scelta di destinare la tutela ordinaria alle vittime appartenenti al gruppo LGBT, piuttosto che una tutela specifica e più intensa, in ragione del maggior disvalore penale delle condotte ispirate da odio omofobico, la Corte europea dei diritti umani opta per la seconda via³⁴. Solo così, scrive la Corte, i membri della comunità LGBT possono sentirsi tutelati e protetti.

Come è stato sottolineato in sede di commento della importante decisione, “è lecito quindi chiedersi cosa accadrebbe se l’ordinamento dello Stato convenuto, come quello italiano, non disponesse di un quadro normativo appropriato che consenta alle autorità nazionali di agire adeguatamente allo scopo di perseguire gli individui responsabili delle relative violazioni”³⁵. **Non è pertanto da escludere che il Governo italiano sia esposto al rischio di una condanna della Corte europea, laddove si palesasse un caso simile di violenza omofoba, in considerazione del fatto che non si è ancora intervenuti a legiferare in materia.**

Tra l’altro, il tema si lega strettamente alla tutela delle vittime vulnerabili – a cui si ascrivono i membri della comunità LGBT – per le quali la Corte ha sancito l’obbligo di perseguire penalmente le condotte che le vittimizzano e di farlo secondo il principio della procedibilità d’ufficio, a prescindere della volontà di rinuncia all’azione penale della persona offesa (come accade in materia di violenza di genere).

Ad un bilancio complessivo, nonostante l’analisi cursoria, si può dire che la Corte europea dei diritti dell’uomo si è mostrata particolarmente incline a garantire la protezione delle persone nel caso in cui l’ingerenza statale così come quella privata riguardi questioni che si considerano correlate alla *dignità umana* personale, come l’orientamento sessuale, sia esso di un singolo o distintivo di un gruppo identificato sulla base della propria identità sessuale.

Se la giurisprudenza della Corte europea, come si sottolinea in dottrina, ha un peso nell’interpretazione del quadro legislativo italiano, posto che essa costituisce anche parametro di costituzionalità per la Corte Costituzionale italiana, in base all’interpretazione dell’art. 117, comma primo, la legittimazione del diritto penale nella lotta all’omofobia – sancita dalla Corte di Strasburgo nelle sue più recenti decisioni (senz’altro nel caso *Vejdeland* e nei casi *M. C. e A.C. v. Romania*, nonché *Identoba et alii v. Georgia*) – non potrà essere ignorata nemmeno dal legislatore italiano. Come acutamente osservato, la recente giurisprudenza della Corte può indirettamente

³¹ Così C. FATTA, *cit.*, p. 1331.

³² Corte EDU, *Identoba et alii v. Georgia*, 12 maggio 2015, No. 73235/12. Per un commento a tale sentenza, P. DUNNE, *Enhancing Sexual Orientation and Gender-Identity Protections in Strasbourg*, in *Cambridge L. J.*, 2016, 75, p. 4 ss.

³³ Par. 124 della sentenza.

³⁴ Cfr. C. FATTA, *op. cit.*, p. 1334.

³⁵ Così acutamente ID., *cit.*, p. 1335.

contribuire a riaprire “il dibattito interno all’ordinamento italiano sulla necessità di adottare una disciplina contro l’omotransfobia”³⁶.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo induce, a nostro avviso, a corroborare la tesi circa la sussistenza di un obbligo internazionale alla repressione penale degli *hate crimes*, tra gli altri, di stampo omofobico.

5. *Lo sguardo comparatistico. Brevi cenni.* – Occorre ora ampliare lo sguardo verso la **comparazione** e richiamare le legislazioni europee ed extraeuropee che contemplano una disciplina penalistica in materia di crimini d’odio omofobico.

L’esperienza comparata consente, infatti, di concludere in primo luogo nel senso della irrinunciabilità e della urgenza di una legge di contrasto alla omofobia – presente in quasi tutti i Paesi europei oltre che nei Paesi di *common law* d’oltreoceano: lo sguardo al diritto straniero induce ad affermare che un Paese che voglia dirsi civile non può rinunciare all’imperativo della tutela rafforzata dei gruppi di minoranza sessuale in ragione della loro vulnerabilità, acclarata dai dati statistici e dalla realtà empirica e criminologica dei crimini d’odio, nonché in ragione del maggior disvalore penale delle condotte ispirate da movente omofobico³⁷.

Dalle esperienze comparate traiamo anche una seconda preziosa lezione: tra gli strumenti penalistici di contrasto dei crimini d’odio, in particolare omofobico, estremamente efficace appare il ricorso alla previsione di una **circostanza aggravante**, laddove il reato sia ispirato dall’odio sulla base dell’orientamento sessuale, soluzione ritenuta infatti preferibile da una parte della dottrina penalistica³⁸. Un’aggravante, lo si sottolinea, prevista in molte legislazioni, quale circostanza da applicarsi non solo nel caso di reati contro la persona, bensì anche nel caso di reati contro il patrimonio. In particolare, ricorrono alla circostanza aggravante comune molti ordinamenti: particolarmente significativo è il disposto degli **artt. 132-76 e 132-77 del codice penale francese**, che prevedono la circostanza aggravante d’odio razziale, xenofobo, antisemita, *sessista* e *omofobico*; si segnala altresì l’**art. 22, c. 4 del codice penale spagnolo** che similmente prevede la circostanza aggravante comune laddove vi sia il movente razzista, antisemita, ideologico o legato a convinzioni personali, religioso, *omofobico*, *transfobico*, *sessista*, o in relazione alla disabilità o infermità della vittima; analogamente **il codice penale croato** prevede la circostanza aggravante comune, all’**art. 89, par. 20**, d’odio razziale, religioso, etnico, nazionale, per disabilità, *genere*, *orientamento sessuale* o *identità di genere*. Aggravamenti sanzionatori in presenza del movente omofobico sono previsti anche negli **ordinamenti anglosassoni**. La formulazione della circostanza aggravante si caratterizza, in quasi tutti gli ordinamenti richiamati, attraverso il ricorso alla formula “**orientamento sessuale**”, cui si aggiunge il riferimento all’“**identità di genere**”, a comprendere il movente transfobico, oltre al **genere**: “in ragione del sesso, dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere, *vero o supposto*, della vittima” in Francia (nella formulazione novellata nel 2017); “per motivi discriminatori legati al sesso, all’orientamento o all’identità sessuale della vittima” in Spagna; “a causa dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere” in Croazia. L’endiadi “orientamento sessuale ed identità di genere”, cui si accompagna invariabilmente il genere, dunque, sembra essere quella maggiormente efficace per prevedere un aggravamento sanzionatorio in caso di reati motivati da omotransfobia: una endiadi che consente anche di superare l’obiezione di una eventuale violazione del principio di uguaglianza, riferendosi ad ogni orientamento sessuale³⁹. **Si noti come queste tre categorie protette “viaggino”, per così dire, sempre insieme: violenza omotransfobica e violenza di genere sono accomunate in tutte le legislazioni.**

³⁶ Così C. FATTA, *Hate Crimes*, cit., p. 1331.

³⁷ Cfr., sulla vulnerabilità della minoranza LGBT, E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, p. 1. Si veda, sul disvalore penale del crimine d’odio omofobico, M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., p. 24 s.

³⁸ Si veda E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 28.

³⁹ Per questo giudizio, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 31.

Tuttavia, **l'esperienza comparata** – quella francese nonché quella spagnola, quella dei Paesi di *common law*, altresì quella della Germania, nonché del Belgio, della Croazia e di altri Paesi europei – **consente di ritenere, in presenza di previsioni rispettose della precisione e della tassatività, opportuna la previsione anche di autonome figure di reato**: una tutela rafforzata per il contrasto dei crimini d'odio omofobico (oltre che di genere) – riconosciuti quali crimini di particolare gravità dalla dottrina criminologica unanime – non può che passare attraverso una strategia politico-criminale che si serva di *entrambe le tecniche legislative*, anche se alla repressione degli *hate crimes* deve accompagnarsi una strategia di prevenzione della criminalità d'odio, tra l'altro, omofobico: un compito quest'ultimo che non può non passare attraverso la mediazione della cultura⁴⁰.

⁴⁰ Si rende opportuno ricordare le esperienze comparatistiche più significative. Guardiamo dapprima al contesto anglosassone ove il concetto di crimine d'odio nasce e in particolare guardiamo oltreoceano. Nell'ordinamento statunitense, secondo il *Federal Civil Rights Law* del 1964, 18 U.S.C. par. 245 (b) (2), costituisce reato la violenza (o il tentativo di violenza) ed anche l'interferenza nell'esercizio dei diritti individuali di soggetti a cagione della razza, del colore, della religione o della nazionalità. A far data dal 2009, con il c.d. *Matthew Shepard Act*, anche detto *Matthew Shepard and James Byrd, Jr Hate Crime Prevention Act*, dal nome di un uomo di colore assassinato in Texas negli anni Novanta, in ragione del proprio orientamento sessuale, accanto a tali fattori di discriminazione, è stato aggiunto anche l'orientamento sessuale nonché l'identità di genere, cosicché esiste oggi una tutela specifica contro gli atti di violenza omofobica, oltre che transfobica. Tale legge, intitolata a Shepard, a seguito di un episodio di vittimizzazione di quest'ultimo, uno studente gay del Wyoming, nel 1998, culminato nella morte del medesimo, contiene una incriminazione omnicomprensiva di tutti i reati commessi “*due to actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity, and disability*”. In particolare, sulla scia di tali fatti, la maggioranza degli Stati americani si è dotata oggi di *hate-crime laws* le quali prevedono un inasprimento del trattamento sanzionatorio – leggi che hanno dunque scelto la via della previsione di una circostanza aggravante, oltre che della figura autonoma di reato – per la violenza omofobica, motivata dalla c.d. *sexual orientation* della vittima (nonché motivata da odio razziale, religioso, o dall'identità di genere). Per uno studio comparatistico rivolto sia ai Paesi di *common law* che di *civil law*, sia consentito il rinvio a L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, cit., p. 45 ss., in part. p. 58 per l'ordinamento statunitense. Analogamente, nel panorama anglosassone si segnala l'esperienza del Regno Unito. Nel Regno Unito non si rinviene una specifica definizione legislativa dell'omofobia, tuttavia tale fenomeno viene punito nel quadro più generale della repressione dei reati connotati dall'odio razziale o religioso verso le vittime, cui si equipara la discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale⁴⁰. La legislazione inglese prevede sia ipotesi di *hate crime* che di *hate speech* omofobico, pur con clausole poste a salvaguardia del rispetto della libertà d'espressione. Nella Sezione 29JA del *Public Order Act* del 1986 compare una clausola del seguente tenore: “*In this Part, for the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred. (2) In this Part, for the avoidance of doubt, any discussion or criticism of marriage which concerns the sex of the parties to marriage shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred*”. Nel panorama europeo, senz'altro emblematica è l'esperienza francese. In particolar modo, anche nell'ordinamento giuridico francese, la tutela contro la violenza omofobica è stata affidata *in primis* ad una circostanza aggravante (il reato è aggravato, come abbiamo ricordato, allorché “sia preceduto, accompagnato o seguito da propositi, scritti, utilizzo di immagini o oggetti o atti di qualsiasi natura che attentano all'onore o alla reputazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima fa parte in ragione del sesso, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, vero o supposto, se è provato che i fatti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi”). Come emerge anche dalle note informative sintetiche di accompagnamento ai progetti di legge antiomofobia in Italia, la Francia ha assistito negli ultimi anni ad un aumento significativo di atti a carattere omofobico e per combattere tali fenomeni ha emanato alcune leggi significative. Senza entrare nel dettaglio delle recentissime riforme legislative, segnaliamo che la legislazione francese si caratterizza sia 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, tra l'altro, in ragione dell'“orientamento sessuale”, punita con la pena di tre anni d'*imprisonnement* e la pena dell'*amende* pari a 45.000 Euro), una fattispecie ritenuta in dottrina esemplare quanto a precisione e utile modello anche per il legislatore italiano, ma anche per la previsione di numerose fattispecie che incriminano i discorsi d'odio omofobico (contemplati anche nella legge sulla stampa). Quanto alla Germania, ove – lo si ricordi – l'omosessualità ha costituito reato sino al 1969, nella nota previsione del § 175 *StGB* e ove sino al 1994 l'omosessualità maschile fra minori è stata penalizzata, lo *Strafgesetzbuch* prevede una disciplina repressiva della violenza omofobica al § 130, comma 1. Tale norma dispone che chi, in maniera tale da disturbare la pace pubblica, incita all'odio o alla violenza contro elementi della popolazione o lede la dignità di altre persone attraverso insulti o offese è punito con una pena detentiva da tre mesi a cinque anni. Il comma 2 del § 130 prevede altresì una pena detentiva fino a tre anni o una pena pecuniaria per chi commette gli stessi illeciti attraverso la diffusione di opere scritte. Nella definizione data al § 130 rientra, per indirizzo ermeneutico dominante, anche la discriminazione effettuata in ragione dell'orientamento sessuale, sebbene la norma non faccia un esplicito riferimento al *background* omofobico di colui che perpetra il reato. Anche in tale ordinamento giuridico, come nel Regno Unito, di recente, in un'ottica di ricordo delle vittime dimenticate dell'Olocausto, è stata emanata una legge che annulla le condanne per il

In definitiva, in tutti i Paesi considerati nell'ambito dell'indagine comparatistica – sia quindi nei principali ordinamenti di *common law* che in quelli di *civil law* – si prevede una dettagliata disciplina degli *hate crimes* e sono incriminati **sia i crimini d'odio a sfondo omofobico sia anche, ampiamente, i discorsi d'odio omofobico, con alcune clausole di protezione della libertà d'espressione negli ordinamenti anglosassoni in omaggio al *free speech***⁴¹. La lezione comparatistica è chiara in tal senso.

Si aggiunga che in questa stessa direzione si sono posti in tempi recenti **quasi tutte le legislazioni europee**, anche quelle distintesi per una minor attenzione ai diritti umani, come la Georgia, considerata tradizionalmente un Paese tra i più arretrati nella tutela dei diritti delle persone LGBT⁴², e l'Ungheria. **Le legislazioni europee che hanno seguito questa strada, incriminando l'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sono, oltre a quelle già ricordate, le seguenti: Albania, Bulgaria, Cipro, Austria, Danimarca, Estonia, Grecia, Malta, Lituania, Irlanda, Islanda, Olanda, Romania, Svezia, Norvegia, Finlandia, Lussemburgo, Monaco, Montenegro, Portogallo.** Numerose, oltre a quelle da noi citate, anche le legislazioni europee che prevedono **la circostanza aggravante d'odio omofobico al 2019**⁴³. **Una mappatura che segnala l'arretratezza, come diremo, della legislazione italiana.**

Occorre, da ultimo, ricordare che non mancano legislazioni straniere le quali hanno dato alle norme antiomofobia una veste e una garanzia costituzionale (come il Portogallo). In questa stessa direzione si sono posti altri Paesi come il Sud Africa, nel 1993, le isole Fiji, nel 1997, l'Ecuador, nel 1998, e la Svizzera nel 1999⁴⁴. Un passo, quest'ultimo, che potrebbe contribuire a garantire maggiormente il rispetto del principio di uguaglianza anche nei confronti delle minoranze LGBT.

reato di cui al § 175 *StGB*. Una scelta che si accompagna a numerosi progetti legislativi volti a tutelare le minoranze LGBT, anche attraverso una circostanza aggravante laddove il reato sia commesso in ragione dell'orientamento sessuale della vittima (*sexuelle Orientierung des Opfers*). Si ricordi infine l'ordinamento spagnolo. In Spagna, nell'ambito del Codice penale esistono disposizioni riguardanti la discriminazione in base all'orientamento sessuale, fatta oggetto di autonome previsioni di reato e si considera il movente omofobico come circostanza aggravante comune, come abbiamo ricordato (“*son circunstancias agravantes: (...) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenencia, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”). Al Capitolo IV del Codice penale spagnolo, dedicato ai delitti commessi in occasione dell'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche garantite dalla Costituzione, in particolare agli artt. da 510 a 521, di recente novellati, si prevede una disciplina dettagliata che incrimina gli atti di discriminazione per motivi omofobici, attraverso ipotesi di *hate crime* e di *hate speech* omofobico. Cfr. su tali ordinamenti, L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, cit., *passim*.

⁴¹ Interessante è la clausola a salvaguardia della libertà d'espressione prevista nell'ordinamento australiano, nel *Federal Racial Anti-Discrimination Act*: “non vi è illiceità per qualsiasi discorso o atto, fatto ragionevolmente e in buona fede, nella esecuzione, esibizione o distribuzione di un lavoro artistico o posti in essere nel corso di qualsiasi dichiarazione, pubblicazione, discussione o dibattito con genuine finalità accademiche, artistiche o scientifiche o con qualsiasi altra genuina finalità di interesse pubblico, nonché nel fare o pubblicare accurati e leali rapporti relativi a qualsiasi evento o questione di interesse pubblico o commenti su qualsiasi evento o questione di interesse pubblico se il commento è espressione del genuino convincimento della persona che lo esprime”. Cfr. sull'ordinamento australiano (e canadese), L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 132 ss.

⁴² Nella mappa pubblicata da *Ilga Europe*, la scala di protezione procede da -7, ossia una situazione di grave compromissione e sottotutela dei diritti umani con riferimento alle persone LGBT, sino ad un massimo di protezione pari a 17. L'Italia si colloca, in tale scala, a livello 0, insieme a Lituania e Malta. La Georgia si colloca sotto lo zero, insieme a numerosi altri Paesi europei. Cfr. sul punto M. CHIULLI, *Maledetti froci & maledette lesbiche. Libro bianco (ma non troppo) sulle aggressioni omofobe in Italia*, Roma, Aliberti Castelveccchi ed., 2010, p. 62.

⁴³ Cfr. L. R. MENDOS, *State Sponsored Homophobia*, edizione a cura di Ilga World, XIIIa ed., 2019, cit., p. 175 ss., reperibile al sito <https://ilga.org>, p. 265 ss. Analogamente, risultano prevedere la circostanza aggravante d'odio omofobico: Albania, Andorra, Bosnia e Erzegovina, Danimarca, Finlandia, Grecia, Kosovo, Lituania, Lussemburgo, Malta, Montenegro, San Marino, Portogallo, Norvegia, Serbia, Slovacchia. Cfr. *ibidem*, p. 260 ss. *Ivi*, una dettagliata indicazione delle previsioni penali dei diversi Paesi.

⁴⁴ Si veda sul punto CAMERA DEI DEPUTATI, *Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, Roma, 2009, al sito <http://documenti.camera.it>. Sia consentito il rinvio sul tema anche a L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 14 s.

6. *Il panorama legislativo italiano. Una proposta de lege ferenda sul terreno delle discriminazioni a sfondo omotransfobico e di genere.* – L’esperienza italiana in materia di discriminazioni a sfondo omofobico, se confrontata con il panorama legislativo che emerge dall’indagine comparata, è, a dir poco, sconcertante. **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 della vittima.** Né riferimenti espliciti a tale fattore di discriminazione si ritrovano nella nostra Carta Costituzionale (benché implicitamente vi si faccia riferimento attraverso la clausola aperta delle caratteristiche personali e sociali di cui all’art. 3 Cost.)⁴⁵.

Se nel contesto italiano non si discute più in merito alla criminalizzazione delle condotte omosessuali – anche la giurisprudenza più recente riconosce l’omosessualità quale “condizione personale di tutela alla luce dei principi costituzionali del nostro Paese” (dunque motivo di protezione internazionale) – **si dibatte invece in merito all’opportunità e alla legittimità di punire gli atti di discriminazione commessi ai danni delle persone omosessuali e transessuali, nonché di punire con una pena aggravata, prevedendo dunque una circostanza aggravante, quei reati commessi in ragione dell’omosessualità/transessualità della vittima**⁴⁶.

La **prima proposta** – ossia la previsione come **autonoma fattispecie di reato** degli atti di discriminazione a cagione dell’omofobia – era stata inizialmente trasfusa nel **Progetto di legge (AC 2807, a nome Di Pietro)** presentato nell’ottobre del 2009 in Parlamento e finalizzato a modificare la legge di ratifica della Convenzione del 1966 sul razzismo (legge 13 ottobre 1975, n. 654, c.d. legge Reale) e la c.d. legge Mancino, ossia la legge 25 giugno 1993, n. 205, al fine di estendere ai comportamenti fondati sull’omofobia e la transfobia ipotesi delittuose previste per atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi (il progetto prevedeva altresì l’estensione dell’aggravante dell’odio razziale di cui all’art. 3 della c.d. legge Mancino anche ai reati commessi per motivi fondati sull’omofobia e sulla transfobia).

La **seconda soluzione** – la previsione di una **circostanza aggravante** comune o speciale – era invece stata prospettata nel **Progetto di legge unificato AC 2802 e AC 2807, presentato dall’On. Paola Concia** nel novembre del 2010: il progetto di legge prevedeva l’introduzione nella parte speciale del codice penale di due aggravanti agli artt. 599-*bis* e 615-*quinquies* c.p., con un aumento di pena sino ad un terzo per tutti i delitti contro la persona, ad eccezione dei reati a tutela dell’inviolabilità dei segreti, quando siano commessi “in ragione dell’omosessualità o transessualità della persona offesa”. Non sono mancate proposte di introduzione dell’aggravante omofobica nel corpo dell’art. 61 c.p., con la previsione di un comma 11-*quater*, esclusivamente applicabile ai delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, o la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale (“l’aver commesso il fatto (...) per finalità inerenti all’orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato”, nella proposta Concia-Di Pietro; “l’aver (...) commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi”, nella proposta Soro)⁴⁷.

È noto che **il Parlamento italiano ha sistematicamente respinto i diversi disegni di legge** presentati, da ultimo nel novembre del 2012, accogliendo in diverse occasioni **due questioni di pregiudizialità**, basate sul **principio di uguaglianza** ex art. 3 della Costituzione, nonché sul **principio di legalità** (in particolare sul principio di precisione) ai sensi dell’art. 25, comma 2 della Costituzione⁴⁸.

Si tratta di questioni che in realtà appaiono **entrambe prive di fondamento** se riguardate alla luce delle argomentazioni spese più sopra: **soprattutto il c.d. argomento della ‘discriminazione**

⁴⁵ Nonché, secondo una parte minoritaria della dottrina costituzionalistica, anche attraverso la nozione di sesso di cui all’art. 3 Cost. Cfr., ampiamente e per riferimenti bibliografici sul tema, L. GOISIS, *Crimini d’odio*, cit., p. 255 in nota.

⁴⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

⁴⁷ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 30.

⁴⁸ Vedi ID., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull’omofobia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 11, p. 1393 ss.

alla rovescia' è sconfessato sol che si ponga mente ai dati statistici più recenti sugli *hate crimes* i quali testimoniano la diffusione e la pervasività della violenza omofobica, deponendo nel senso di una condizione di debolezza e di vulnerabilità di un gruppo, quello delle persone LGBT, comprovata altresì dalle acquisizioni criminologiche sulla gravità dei crimini d'odio omofobico, condizione che l'imperativo dell'uguaglianza non solo suggerisce, ma impone di tutelare, secondo un principio di tutela differenziata delle situazioni oggettivamente diverse, in ossequio al principio di ragionevolezza. Argomentazione cui si lega anche il maggior disvalore penale del crimine ispirato da odio omofobico⁴⁹.

In questa direzione, sembrando così accogliere il monito della dottrina, si era posto il relativamente recente intervento del legislatore in materia di omofobia, trasfuso nel disegno di legge AS 1052, il c.d. "d.d.l. Scalfarotto", approvato alla Camera il 19 settembre 2013. Il disegno di legge – frutto di tre proposte unificate, la proposta Scalfarotto (AC 245), la proposta Fiano (AC 280), la proposta Brunetta (AC 1071) –, in linea con l'idea europea di una assimilazione fra l'odio razziale e l'odio omofobico⁵⁰, **estendeva a comportamenti "fondati sull'omofobia o sulla transfobia" le norme incriminatrici della legge Reale-Mancino:** in particolare l'estensione avveniva con riferimento agli atti di discriminazione e all'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. a, parte II, l. 654/1975), agli atti di violenza (nonché alla provocazione alla violenza e all'istigazione alla commissione di tali atti) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. b, l. 654/1975), alla costituzione e promozione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché alla partecipazione a tali organizzazioni (art. 3, comma 3, l. 654/1975)⁵¹. Si prevedeva altresì l'estensione della circostanza aggravante di cui all'art. 3, comma 1, l. 205/1993 (la c.d. aggravante dell'odio razziale) ai delitti fondati sull'omofobia e la transfobia.

Era stata invece omessa, a nostro avviso non inopportunamente, l'estensione per il delitto di propaganda di idee razziste di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), parte I, l. 654/1975. Il legislatore, nell'operare tale omissione, sembra infatti aver preso atto della necessità di evitare la creazione di nuovi reati di opinione.

Come è stato osservato icasticamente, infatti, "c'è un'unica seria obiezione che si può avanzare, oggi, contro la proposta di estendere – ad opera del legislatore – le previsioni della Legge Reale e della Legge Mancino ai comportamenti di matrice omofobica (...). Il problema riguarda il contemperamento del contrasto all'omofobia con la *libertà di manifestazione del pensiero* (art. 21 Cost.)"⁵². **Per quanto, a nostro avviso, il bilanciamento fra i beni in gioco, libertà ed eguaglianza/dignità della persona, nonché l'opera di ricostruzione alla luce del pericolo concreto e della contestualizzazione della fattispecie di propaganda ed istigazione, condotta dalla magistratura, consenta di superare parzialmente le censure dottrinali contro l'impianto antidiscriminatorio italiano imperniato sugli *hate speeches*⁵³.**

⁴⁹ Così ID., *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

⁵⁰ Cfr. L. GOISIS, *Libertà d'espressione*, cit., p. 425.

⁵¹ Si era inoltre prevista l'estensione in parola con riferimento alle manifestazioni esteriori usuali delle organizzazioni razziste o l'esibizione dei loro simboli in pubbliche riunioni, nonché l'accesso con tali simboli a luoghi in cui si svolgono competizioni agonistiche (art. 2, comma 1 e 2 l. 205/1993).

⁵² Sul punto efficacemente E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 22.

⁵³ Proprio nel senso del rispetto della libertà di pensiero si apprezzava, pur nella pessima formulazione legislativa (per una approfondita disamina dei motivi di perplessità suscitati da tale disposizione si veda E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.), la previsione da parte del disegno di legge di una norma definitoria (una clausola di esclusione della punibilità o meglio di limitazione del fatto tipico) che vuole essere una definizione in negativo di ciò che costituisce "discriminazione". Il testo del comma 3-bis, da inserire nell'art. 3 della legge 654/1975 e frutto del c.d. emendamento "Verini-Gitti", recitava infatti: "non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e 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, d'istruzione ovvero di religione o di culto, relative

Constatiamo che la previsione secondo la quale a questo disegno di legge si aprivano “prospettive più favorevoli (o meno sfavorevoli) in Parlamento”⁵⁴ non ha trovato compimento: esso giaceva arenato infatti al Senato ormai da anni.

In attesa di un cambio di rotta nel panorama legislativo italiano – segnato oggi dai progetti di legge Zan, Boldrini, Bartolozzi, Scalfarotto e Perantoni – non si può non suggerire al legislatore italiano che il suo compito è attualmente facilitato laddove si pensi alla presenza nel nostro ordinamento di un sistema codicistico di repressione dei crimini d’odio razziale (etnico, nazionale e religioso) che, avvalendosi di entrambe le tecniche legislative, ovvero sia della circostanza aggravante che della fattispecie autonoma di reato – ora contemplato negli artt. 604-bis e 604-ter c.p., significativamente tra i delitti contro l’uguaglianza, a seguito della c.d. riserva di codice, attuata nel 2018, che ha trasfuso (parzialmente) nel codice penale il combinato disposto della c.d. legge Reale-Mancino – predispone una disciplina penale assai efficace contro i crimini d’odio.

Da un lato, infatti, vengono previste diverse ipotesi di reato: nell’art. 604-bis c.p. è disciplinata la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, il reato di istigazione a commettere o di commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, il reato di istigazione a commettere atti di violenza o la commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. È vietata altresì 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. Accanto a queste condotte tipiche si prevede la c.d. aggravante del negazionismo, nonché altre condotte tipiche quali il compimento di manifestazioni esteriori o l’ostentazione di emblemi o simboli propri delle organizzazioni di cui sopra o l’accesso a luoghi di competizioni agonistiche con tali emblemi.

D’altro lato, l’art. 604-ter c.p. contempla l’aggravante c.d. dell’odio razziale: “per i reati punibili con pena diversa dall’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”.

Appare, a nostro avviso, chiaro che, pur restando margini di discussione sulla miglior formulazione delle norme penali di contrasto all’omofobia – modellare le norme che prevedono come reato gli atti discriminazione omofobica in maniera rispettosa del principio di precisione sull’esempio di legislazioni straniere, specie quella francese, l’uso dell’espressione “omofobia/transfobia”, piuttosto che “omosessualità o transessualità della vittima”, piuttosto che “orientamento sessuale e

all’attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni”. Ci sembrava, nell’imminenza dell’approvazione del d.d.l., e confermiamo anche oggi tale giudizio, anche alla luce delle esperienze comparatistiche, che tale norma, benché necessiti di una formulazione più chiara e di una decisa razionalizzazione, pena il rischio di porsi in contrasto con un fondamentale principio del diritto penale che è il principio di legalità, segnatamente il principio di precisione o sufficiente determinatezza, nonché il principio della riserva di legge (laddove si parla di condotte conformi al diritto vigente), vada nella direzione da noi già indicata in passato di un tentativo di definizione di ciò che costituisce discriminazione, secondo quanto già fatto da altri legislatori (penso a quello francese), una scelta, quest’ultima, senz’altro da apprezzare: soprattutto ci pare che sia doveroso un tentativo di individuare un confine fra *hate speech* omofobico penalmente rilevante e penalmente irrilevante, ossia, in altre parole, un tentativo di individuare i *limiti* della libertà di manifestazione del pensiero, ciò che costituisce il punto discusso di ogni normativa di contrasto all’omofobia, nonché al sessismo, normative per le quali, a differenza del razzismo e delle discriminazioni religiose, non vi sarebbe un esplicito (ma a nostro avviso ne esiste senz’altro uno implicito) obbligo di incriminazione. In altre parole, condividiamo come apprezzabile l’ispirazione della norma, la quale meriterebbe una profonda rimodulazione, possibilmente attraverso una definizione in positivo di ciò che costituisce discriminazione, sull’esempio delle legislazioni anglosassoni e francese. Da ultimo, il plauso andava alla previsione del disegno di legge che contemplava (art. 2 d.d.l. AS 1052) un programma di rilevazione statistica, nel nostro Paese oggi deficitario, deputato a verificare l’applicazione della legge, nonché la implementazione di politiche di contrasto alla discriminazione e alla violenza di matrice razziale e omofobica: ciò consentirebbe, come acutamente osservato, di valutare l’efficacia di una legislazione penale di contrasto all’omofobia e dunque la stessa natura simbolica o meno di una tale normativa. Sul punto E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., p. 28 ss.

⁵⁴ Su tale previsione si esprimeva Emilio Dolcini: cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 9.

identità di genere della vittima”, l’uso del termine “ragione”, “finalità” piuttosto che “motivi” – è alla nuova Sezione I-bis, nell’ambito del Titolo XII, Capo III del codice penale, intitolata ai *Delitti contro l’uguaglianza* e al collaudato impianto antidiscriminatorio della legge Reale-Mancino, trasfusa in questa Sezione del codice penale, che si deve guardare per contrastare il fenomeno dell’omofobia.

Formuliamo la nostra proposta *de lege ferenda* più nel dettaglio. A nostro avviso, occorre inserire negli artt. 604-bis e *ter c.p.* il riferimento all’orientamento sessuale e all’identità di genere, oltre che al genere. Riguardo alle discriminazioni di genere, basti osservare come l’incidenza quotidiana della violenza di genere sia sotto gli occhi di tutti e comprovata dai dati sopra ricordati. **Ci pare indubbio che i reati commessi per un *movente di genere* debbano essere inquadrati all’interno dei crimini d’odio, quali forme di *gender hate crimes*.** Guardando all’assetto costituzionale italiano, alla luce del principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 della nostra Costituzione, è certo che il genere, da intendersi come “definizione sociale dell’appartenenza di sesso”, o secondo la nota Convenzione di Istanbul, come “ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini”, sia una caratteristica protetta compresa fra quelle che attengono all’uguaglianza formale, che garantisce il pari valore delle “differenze”, degna pertanto di tutela da parte della legislazione contro i crimini d’odio. **In questa direzione sospinge, come abbiamo ricordato, anche l’esperienza comparata, ove sono previsti *gender hate crimes*, *gender hate speeches*, oltre alla circostanza aggravante comune dell’“odio di genere”.** Una circostanza aggravante così ridisegnata consentirebbe di punire in maniera proporzionata alcune manifestazioni di violenza di genere, anche le più estreme, che altro non sono se non violazioni del principio di uguaglianza, laddove sia provato il *movente di genere*. Una siffatta soluzione si armonizzerebbe con il quadro delle recenti novelle, da ultimo il c.d. Codice Rosso, in materia di violenza di genere che testimoniano una progressiva presa di coscienza, da parte del legislatore, della violenza alle donne come fenomeno collettivo e sociale, non limitato alla sfera individuale della vittima e capace, proprio in quanto tale, di rappresentare una minaccia per la società democratica⁵⁵. Il pregio di una simile scelta sarebbe altresì quello di non scalzare l’attuale impianto *gender-neutral* delle fattispecie del diritto penale classico e tuttavia di introdurre, come prescrive la Convenzione di Istanbul, l’*ottica di genere* nel tessuto penalistico.

Ebbene, in prospettiva di riforma, riteniamo, alla luce degli spunti comparatistici, si debba formulare una proposta conforme al principio di legalità. D’altro canto, l’esperienza comparata mostra inequivocabilmente che l’obiettivo del rispetto del principio di legalità-precisione può essere raggiunto anche in questa materia ‘eticamente sensibile’.

In questo senso è possibile, a nostro avviso, **definire i contorni dell’espressione “orientamento sessuale”**, sia essa usata nell’ambito di una fattispecie autonoma di reato o nell’ambito di una circostanza aggravante, espressione che compare in molte delle legislazioni straniere ricordate, senza che essa comporti ardimenti interpretativi e che compare altresì in numerose convenzioni internazionali, oltre ad essere già esplicitamente contemplata nella nostra legislazione ordinaria – nel d.lgs.vo 10 settembre 2003, n. 276 – ove agli artt. 10 e 18, comma 5 si fa divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all’*orientamento sessuale*, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all’*handicap*, alla razza, all’origine etnica, al colore, alla ascendenza, all’origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro. Non solo. Anche nell’ordinamento penitenziario, a seguito dei d.lgs. n. 123 e 124 del 2018, l’art. 1 enuncia il divieto di discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale. Né, d’altro canto, i termini omofobia e transfobia, anche alla luce della vasta produzione normativa europea ed internazionale richiamata, sono privi di referenti definitivi. Tuttavia, **il**

⁵⁵ Sulle discriminazioni di genere si consente di rinviare più approfonditamente a L. GOISIS, *Crimini d’odio*, cit., p. 339 ss.

riferimento all'orientamento sessuale, cui occorre accostare l'identità di genere, per contemplare anche il fenomeno della transfobia, è quello, alla luce dell'esperienza comparatistica, maggiormente lineare e meno connotativo rispetto all'espressione "omofobia e transfobia": tra l'altro, contemplando diversi orientamenti sessuali, potrebbe superare anche una eventuale eccezione sotto il profilo del principio di uguaglianza⁵⁶. La stessa proposta di legge AC 245 del 2103 si era impegnata del resto in una esaustiva definizione dei concetti di "orientamento sessuale", di "identità di genere", oltre che di "identità sessuale" (benché la norma definitoria non sia stata accolta nel disegno di legge Scalfarotto)⁵⁷.

Non solo. Il legislatore penale può e deve impegnarsi nella definizione di ciò che costituisce atto di discriminazione: l'esperienza francese lo dimostra. Deve altresì impegnarsi nel prevedere una clausola di salvaguardia della libertà d'espressione.

La proposta *de iure condendo* dovrebbe, a nostro avviso, essere del seguente tenore. Innanzitutto, l'aggravante di cui all'art. 604-ter c.p. potrebbe essere emendata nel senso di contemplare non solo il genere, ritenendo noi, lo abbiamo detto, la violenza di genere per certi profili un crimine d'odio⁵⁸, ma anche l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Così suonerebbe la norma (*sempre che non la si voglia rendere un'aggravante comune anziché 'quasi comune'*): *"per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, di genere, in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, veri o supposti, 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"*⁵⁹.

In secondo luogo, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nonché il genere andrebbero contemplate anche nel disposto di cui all'art. 604-bis c.p., ad eccezione della fattispecie della propaganda di cui alla lettera a), onde evitare eventuali censure alla luce dell'art. 21 Cost., nonché dell'ipotesi della c.d. aggravante del negazionismo, di cui al comma 3, per le medesime ragioni (benché non manchino legislazioni, quella francese e spagnola, che contemplano anche il negazionismo fondato sull'orientamento sessuale). L'estensione andrebbe operata per gli atti di discriminazione e l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, per gli atti di violenza (nonché di provocazione alla violenza e di istigazione alla commissione di tali atti) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, per la costituzione e promozione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché per la partecipazione a tali organizzazioni (oltre che per le residuali ipotesi di esibizione di simboli di tali organizzazioni e di accesso ai luoghi di competizione agonistiche con tali simboli).

Sicché la lettera a) (ad eccezione della propaganda) e b) del primo comma e il secondo comma dell'art. 604-bis c.p. avrebbero il seguente tenore: *"per motivi razziali, etnici, nazionali*

⁵⁶ Cfr. in senso analogo M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., p. 19.

⁵⁷ Secondo tali definizioni 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. Per "identità di genere" si doveva intendere la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico. Il "ruolo di genere" constava in qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna. L'"orientamento sessuale", infine, era definito come l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi. Cfr. F. PESCE, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 22.

⁵⁸ Cfr. su tale tematizzazione della violenza di genere, L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 453 ss.

⁵⁹ Secondo il modello francese, e parzialmente quello spagnolo e croato. L'aggravante andrà ricostruita secondo l'indirizzo dominante in giurisprudenza: le condotte dovranno contenere effettivamente i segni di una finalità di discriminazione e di odio – in ragione del genere, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere – allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità.

o religiosi, di genere, fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, veri o supposti”⁶⁰.

Inoltre, accanto ad una definizione di ciò che costituisce discriminazione, al pari di quanto previsto nell'ordinamento francese all'art. 225-1 e 225-2 c.p.⁶¹, nonché ad una norma definitoria delle nozioni di “orientamento sessuale” ed identità di genere”, oltre che di “genere”, sulla falsariga di quella presente nella proposta di legge AC 245 del 2013, ci pare possa essere utile la previsione di una clausola di salvaguardia della libertà d'espressione. Tale clausola potrà applicarsi o alle sole condotte di stampo omofobico, come accade nell'ordinamento inglese⁶², ma la cosa mi parrebbe discriminatoria⁶³, oppure – e mi sembrerebbe la soluzione preferibile e più coerente sulla falsariga di quanto proposto nel d.d.l. Scalfarotto – da applicare a tutte le ipotesi delittuose previste nella Sezione I-bis del Capo III, Titolo XII: in tal caso il tenore della clausola potrebbe ricalcare parzialmente il modello australiano, ove è prevista una **clausola di esclusione della illiceità del fatto finalizzata alla tutela di espressioni artistiche, accademiche, scientifiche o di ricerca, nonché dell'esposizione di questioni di interesse pubblico e di commenti personali su questioni d'interesse pubblico**⁶⁴.

Come testimonia Emilio Dolcini, non sono mancati in giurisprudenza tentativi di ricondurre già le finalità di discriminazione omofobica alla legge Mancino attraverso una lettura ampia del concetto di discriminazione, tuttavia, come osserva l'autorevole studioso, “chi riconduca alla legge Mancino le finalità di discriminazione omofobica è fortemente indiziato, in definitiva, di porsi in rotta di collisione con il principio di tassatività della norma penale, ex art. 25, co. 2, Cost.: se nella legge Mancino è presente una lacuna, tale lacuna potrà essere colmata soltanto dal legislatore”⁶⁵.

A voi dunque tale compito dinanzi ad una palese **lacuna normativa con riferimento alle categorie del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere!**⁶⁶

⁶⁰ Secondo il modello spagnolo.

⁶¹ Cfr. *supra*, nel testo e in nota, il disposto dei due articoli della legislazione francese.

⁶² Ove è previsto, secondo una formulazione opinabile ma mirata al crimine d'odio omofobico puro, che “1. la discussione o la critica su condotte o pratiche sessuali o l'invito alle persone ad astenersi o a modificare tali condotte o pratiche non potrà essere considerata minacciosa o intesa a ingenerare odio; 2 qualsiasi discussione o critica del matrimonio che riguardi il sesso delle parti non potrà essere considerata minacciosa o intesa a ingenerare odio”. Questa formulazione potrebbe forse placare chi ha avvertito il disegno di legge del 2013, mostrando di non comprenderne in realtà la portata, considerato che non si contemplava la fattispecie di propaganda omofoba, sulla base dell'argomentazione secondo la quale “il rischio maggiore attualmente prevedibile è che, stante l'indeterminatezza del nuovo disegno di legge e stante l'obiettivo di perseguire penalmente tutti gli atti di discriminazione fondati sulla omofobia e la transfobia, si giunga a vietare o comunque a “reprimere” qualunque manifestazione di opinioni contrapposte all'omosessualità come negare l'ammissibilità del matrimonio omosessuale o dell'adozione di bambini da parte delle coppie omosessuali o il formulare giudizi di disvalore degli atti omosessuali sulla base di un credo religioso. L'ovvia conseguenza di una tale scelta legislativa sarebbe la sistematica violazione dei diritti e le libertà fondamentali costituzionalmente garantite come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di professare il proprio credo religioso e la libertà di educazione dei genitori verso i figli che, indubbiamente, deve comprendere anche l'educazione sessuale”. Così F. PESCE, *Omofobia*, cit., p. 31.

⁶³ Cfr. in senso analogo M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo29*, 2013, p. 3.

⁶⁴ Cfr. *supra*, in nota, per il testo della legislazione australiana. La clausola di limitazione del fatto tipico o di esclusione della illiceità del fatto o di esclusione della punibilità, a seconda di quale natura giuridica le si voglia attribuire, potrebbe suonare, richiamando in parte la formulazione del disegno di legge Scalfarotto, così: “non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, laddove esse siano espressione di finalità accademiche, artistiche o scientifiche o di interesse pubblico, nonché integrino commenti, su questioni d'interesse pubblico, espressione del genuino convincimento della persona che li esprime”.

⁶⁵ Così E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., p. 15 s., ricordando una sentenza di merito che sembrava riconoscere l'applicabilità della legge Mancino alla discriminazione per orientamento sessuale. Su tale sentenza di veda il sito di Rete Lenford: www.retelenford.it. RETE LENFORD, *Il Giudice monocratico del Tribunale di Trieste riconosce l'applicabilità della legge Mancino anche alla discriminazione per orientamento sessuale*, 3.12.2011.

⁶⁶ Sono numerosi gli argomenti sia di ordine generale sia di ordine specifico adottati nel dibattito sull'omofobia contro la criminalizzazione dei reati d'odio omofobico e transfobico. Senza citare le argomentazioni palesemente prive di alcun fondamento scientifico – stante il fatto che l'omosessualità non costituisce una patologia ed è da tempo espunta dal novero

Solo colmando tale lacuna potrà dirsi veramente rispettato il **principio di uguaglianza** scolpito nell'art. 3 della nostra Carta fondamentale.

Un'ultima nota sui **profili sanzionatori**: occorrerebbe valutare l'opportunità di prevedere la **sanzione accessoria del lavoro di pubblica utilità** di cui all'art. 1 della legge n. 205 del 1993, non abrogato dal d.lsgs.vo n. 21/2018, quale **sanzione sostitutiva della pena detentiva** prevista per queste tipologie di reati⁶⁷. Un sistema di **rilevazione statistica** dei dati in materia di violenza omofobica e di genere, infine, sarebbe auspicabile.

delle malattie psichiatriche elencate nel DSM – argomentazioni legate alla presunta limitazione della libertà di critica contro, vorremmo appuntare la nostra attenzione sulla obiezione relativa alla violazione del principio di uguaglianza e della c.d. “discriminazione alla rovescia”, a danno degli eterosessuali, oltre che di anziani e disabili. Sul punto ci appare evidente come le considerazioni sin qui svolte testimonino innanzitutto della ragionevolezza di una discriminazione che si fonda sul principio del “trattamento differenziato dei distinti”: la vulnerabilità delle vittime dei crimini d'odio, e segnatamente delle vittime dei crimini d'odio omofobico, di cui la scienza criminologica e psichiatrica danno prova, fonda senz'altro – non solo – rende, a nostro avviso, necessitata la scelta di prevedere una disciplina penale di contrasto all'omotransfobia. A corroborare le conclusioni della dottrina criminologica soccorrono le statistiche in ordine alla diffusione e all'incidenza dell'omofobia nel nostro come in altri Paesi stranieri di cui abbiamo ampiamente riferito. Come è stato autorevolmente sottolineato, “d'altra parte, è fenomeno ben noto al nostro ordinamento che una particolare *vulnerabilità della vittima*, connessa ad una determinata condizione personale e/o a un determinato contesto spaziotemporale, fonda una *disparità di tutela penale*: basti pensare alla circostanza aggravante comune dell'art. 61, n. 5, c.p. (c.d. aggravante della minorata difesa)” (E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., p. 17). Peraltro, nella formulazione *de iure condendo* da noi proposta il riferimento all'“orientamento sessuale e all'identità di genere” escluderebbe una discriminazione alla rovescia tutelando anche l'orientamento eterosessuale (laddove questo venisse fatto oggetto di condotte violente). Quanto a possibili discriminazioni nei confronti dei disabili, essi godono, alla luce della nostra legislazione, di una piena tutela rafforzata. Tuttavia, a nostro avviso, quand'anche si negasse la maggior vulnerabilità delle minoranze sessuali, è indubbio il maggior disvalore penale delle condotte ispirate dalla motivazione transfobica ed omofobica. Affrontando i profili politico-criminali di legittimazione di una risposta penale all'odio, occorre osservare che è un principio tutto interno al diritto penale che impone la punizione aggravata dei crimini d'odio, razziale come omofobico, oltre che religioso e di genere: il principio di proporzionalità fra la gravità del reato e la pena, in ragione dell'indubbia maggior gravità (oltre che del grado maggiore della colpevolezza) delle condotte ispirate da odio razziale, omotransfobico o di genere. Tra le ulteriori argomentazioni negative di carattere generale, invocate anche in sede parlamentare, compare la potenziale contrarietà di una disciplina penale di contrasto all'omotransfobia con il principio di legalità nella forma del principio di precisione (o di determinatezza), di cui all'art. 25, comma 2 Cost. Sul punto abbiamo già avuto modo di esprimerci: la scelta di una formula come quella “orientamento sessuale ed identità di genere” così come la scelta di una formula quale “omofobia e transfobia” è comunque una scelta rispettosa di tale principio, poiché la prima non è sconosciuta al nostro ordinamento ed è anzi già menzionata nella legislazione ordinaria. Formula preferibile, a nostro avviso, perché meno connotativa rispetto alla diversa formula “omofobia e transfobia”, la quale, se adottata, sarebbe ancorata alla chiara definizione contenuta nella Risoluzione sull'omofobia in Europa del Parlamento europeo del 2006 nonché del 2012. La stessa nozione di “atti di discriminazione” può essere definita alla luce degli esempi stranieri (penso all'ordinamento francese, come già sottolineato). Così come le nozioni di “orientamento sessuale” e di “identità di genere” possono essere definite, secondo quanto già operato dal progetto AC 245, rispettivamente, come “l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi”, nonché “la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico”. Vi sono altresì argomentazioni specifiche di contrarietà ad una estensione della disciplina penalistica in materia di discriminazioni razziali e religiose alle discriminazioni omofobiche: si ritiene che esistano già delle norme nel panorama legislativo italiano capaci di tutelare le vittime di *hate crimes* di stampo omofobo. La critica si appunta sulla presenza nel nostro codice penale della c.d. aggravante dei motivi abietti e futili, di cui all'art. 61, n. 1 c.p. (F. PESCE, *Omofobia e diritto penale*, cit., p. 21, nonché p. 31). Tuttavia l'argomentazione è priva di fondamento poiché ignora il fatto che a livello giurisprudenziale non constano applicazioni dell'aggravante *de qua* ai motivi di omotransfobia. La giurisprudenza sottolinea infatti che tale aggravante va riconosciuta in base alle valutazioni medie della collettività in un dato momento storico: ora è evidente che l'accettazione dell'omosessualità non è affatto oggetto di condivisione unanime nella società italiana, sicché difficilmente, a meno di una interpretazione adeguatrice da parte della giurisprudenza, si può ritenere applicabile alla violenza omofobica. Cfr. su tali argomentazioni, L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 519 ss.

⁶⁷ I commi 1-bis-1-sexies dell'art. 1 prevedono infatti, significativamente, sanzioni con evidente finalità rieducativa, tra le quali spicca il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo modalità da stabilirsi mediante decreto ministeriale. Secondo il comma 1-quater, “l'attività non retribuita a favore della collettività, da svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane, deve essere determinata dal giudice con modalità tali da non pregiudicare le esigenze lavorative, di studio o di reinserimento sociale del condannato”.

Appendice normativa

Normativa vigente

Da ultimo, l'intera materia è stata trasposta, a seguito della c.d. riserva di codice, operata dal d.lgs.vo 1 marzo 2018, n. 21, all'interno del codice penale, segnatamente, al titolo XII, Dei delitti contro la persona, nel Capo III, dei Delitti contro la libertà individuale, nella nuova Sezione I-bis, dedicata ai **Delitti contro l'uguaglianza**, agli artt. 604-bis e 604-ter c.p. L'**art. 604-bis c.p.** così recita.

Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa.

“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”.

L'**art. 604-ter c.p.** riproduce la c.d. aggravante dell'odio razziale: *“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 predetta aggravante”.

Proposta de lege ferenda (modifiche in grassetto)

Art. 604-bis c.p.:

*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa, **di genere, fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.***

“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, **di genere, fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, veri o supposti;***

*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, **di genere, fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, veri o supposti.***

*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, **di genere, fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, veri o supposti.** 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”.

Art. 604-ter c.p.:

Circostanza aggravante

*“Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, **di genere, in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, veri o supposti,** 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 predetta aggravante”.