

Considerazioni sulle proposte di legge nn. 107, 569, 868, 2155, 2255 - Modifiche agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere

Camera dei deputati, Audizione del 18 febbraio 2020

Marco Pelissero
professore ordinario di diritto penale, Università di Torino

1. Considerazioni generali: la ragionevolezza dell'intervento penale

Le proposte di legge all'esame della Commissione giustizia della Camera dei deputati hanno ad oggetto l'estensione della disciplina penale prevista agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., relativi ai reati connotati da motivazioni di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sulla identità di genere (i testi, come vedremo, propongono soluzioni in parte differenti). In questi due articoli del codice penale sono confluite, per effetto dell'attuazione della riserva di codice (d. lgs. 21/2018), alcune delle disposizioni previste dalla l. 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. Legge Reale) e dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122 conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. Legge Mancino), per dar luogo alla nuova sezione I-*bis*, *Delitti contro l'uguaglianza*, inclusa nel capo relativo ai delitti contro la libertà individuale.

Premetto che, pur presentando profili in parte differenti, che evidenzierò in seguito, le diverse proposte propongono un ragionevole programma di intervento in materia penale che si riallaccia al d.d.l. Scalfarotto (S-1052, *Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*) approvato nella precedente legislatura dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013. Sebbene, infatti, non vi siano obblighi di incriminazione, le sollecitazioni sovranazionali – per quanto contenute in strumenti di *soft law* privi di forza coercitiva – muovono nella direzione di un forte contrasto alle diverse forme di discriminazione, comprese quelle fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. Nella stessa direzione è chiaramente rivolta la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che nel 2012 ha espressamente

legittimato la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero in relazione ai discorsi di odio a carattere omofobico¹.

Al contempo, la comparazione mostra la crescente attenzione dei Paesi europei per l'intervento di norme penali specifiche che prendono in considerazione i reati connotati da motivazioni fondate sull'orientamento sessuali o sull'identità di genere della vittima. Anche la magistratura è attenta a questi profili: in questi due ultimi anni, la Scuola superiore della magistratura ha organizzato due corsi di aggiornamento che includevano il tema dei crimini di odio.

A questa premessa, va aggiunta una riflessione più ampia sul ruolo dell'intervento del legislatore in questo ambito che si inserisce entro un contesto sociale connotato da una crescente intolleranza che vede ripetersi episodi di violenza motivata da ragioni di discriminazione: la ragione di discriminazione per ragioni omo/transfobiche costituisce, dopo i reati a sfondo razzista, la seconda ragione motivazionale di *hate speech* e *hate crime*. Sul punto non posso che rinviare all'amplessima indagine ed ai dati presentati dalla Collega Luciana Goisis nella monografia *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale* (Napoli, Jovene, 2019).

Si fa presente che nella stessa direzione dell'ampliamento della tutela penale si è di recente pronunciato un progetto di riforma delle fattispecie in tema di discriminazione, nell'ambito di una più generale programma di revisione dei delitti contro la persona al quale sta lavorando l'*Associazione italiana dei professori di diritto penale*: il gruppo di lavoro che si è occupato in specifico di queste fattispecie ha previsto di dare espresso riferimento alle discriminazioni fondate sul genere, sull'orientamento sessuale ed anche sulla *disabilità fisica o psichica*.

In questo contesto è del tutto ragionevole l'ampliamento del controllo penale in relazione alle ragioni poste a base della discriminazione, pur nella consapevolezza che non sarà di certo l'ampliamento di alcune norme penali a debellare forme di violenza che affondano la loro ragion d'essere nell'avversione per le vittime di reato in ragione della loro identità: è necessaria una strategia integrata, nella quale il diritto penale diventa un tassello di una più ampia e più importante attività di prevenzione che deve anzitutto partire dalla sensibilizzazione, *in primis* in ambito educativo, alla cultura della diversità. Viviamo in un tempo nel quale non può essere abbassata la guardia rispetto alle manifestazioni di intolleranza e

¹ Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*.

discriminazione, alimentate da nostalgie neonaziste e neofasciste. Escludere dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta con le leggi Reale e Mancino queste forme di discriminazione significa non tenere conto di un fenomeno ben presente nel contesto sociale: o si ritiene che sia tutta la disciplina penale di contrasto alle forme di discriminazione a non trovare alcuna base di legittimazione entro un diritto penale liberale, ma allora è la tutela penale di fronte a tutte le forme di discriminazione a dover arretrare (salvo per quanto riguarda la discriminazione razziale il vincolo sovranazionale di cui alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966), in nome del diritto penale minimo e della preferenza dei soli interventi sul piano preventivo; oppure, nella misura in cui una legislazione in tema di antidiscriminazione è presente nel sistema italiano, l'esclusione delle motivazioni fondate sull'orientamento sessuale o sulla identità di genere appare, oggi, irragionevole, alla luce della disciplina e giurisprudenza sovranazionale, della comparazione giuridica e del contesto sociale.

2. Estensione della tutela penale e libertà di manifestazione del pensiero

Già in relazione alla proposta di legge 1052 erano state posti dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).

Tutte le proposte di legge all'esame non estendono la fattispecie di propaganda, che rimane limitata a quella rivolta a diffondere idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (art. 604-*bis*, comma 1, lett. a c.p.) e che trova la sua legittimazione nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale. Intervengono esclusivamente sulle condotte di discriminazione, di violenza, sulle condotte a queste istigatorie, nonché sulla fattispecie a struttura plurisoggettiva consistenti in organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi come scopo l'incitamento alla discriminazione o alla violenza; estendono poi nella stessa direzione l'aggravante di cui all'art.604-*ter* c.p. (ex art. 1 legge Mancino).

Correttamente, pertanto, le proposte in esame non ripropongono la clausola di non punibilità che era stata inserita nel d.d.l. 1052 della passata legislatura: «Ai sensi della presente legge, 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, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni» (art. 3-bis).

La clausola si presentava allora, e si ripresenterebbe ora se fosse riproposta, inutile, controproducente e di difficile lettura: il riferimento alle condotte «anche se poste all'interno di organizzazioni ...» non è facilmente decifrabile, se non, forse, come norma salvacondotta per quelle associazioni che hanno problemi di accettazione dell'omosessualità; il richiamo al «pluralismo delle idee» è vago; l'espressione condotte «conformi al diritto vigente» è precisazione inutile.

Peraltro, anche laddove le condotte, di cui si chiede l'estensione, lambiscono la libertà di manifestazione del pensiero (istigazione alla discriminazione), la plausibilità della compressione di tale libertà è ragionevole a fronte della tutela di un contro interesse meritevole di considerazione che attiene alla tutela della dignità della persona: le proposte di legge in esame non chiedono di estendere il delitto di propaganda, ma le fattispecie di istigazione alla discriminazione o di violenza a contenuto discriminatorio la cui incriminazione trova giustificazione nella logica del bilanciamento degli interessi che muove la giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione ai reati che si collocano al confine con l'art. 21 Cost. (si veda Corte cost. 65/1970 in tema di apologia di delitto). D'altra parte che l'identità sessuale di una persona rientri «a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona» lo ha affermato anche la Corte costituzionale (sent. 221/2015).

L'ampliamento delle disposizioni è in linea anche con la tutela che la CEDU assicura alla libertà di manifestazione del pensiero: pur nel contesto di una giurisprudenza dei giudici di Strasburgo particolarmente attenta a valorizzare tale libertà come guardiano della democrazia, non di meno, come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2012, «non costituisce ingerenza illegittima nell'esercizio della libertà di espressione condannare chi rende dichiarazioni di incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. Il diritto di cui all'art. 10 CEDU incontra un limite invalicabile nel rispetto

dei valori fondamentali di una società democratica, quali la tolleranza e il rispetto dei diritti altrui. Pertanto, a condizione che le pene siano proporzionate, è legittimo che gli stati membri si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia»².

3. *La compatibilità con il principio di determinatezza*

Quanto alla questione della determinatezza della norma (art. 25, comma 2 Cost.), i dubbi a suo tempo sollevati con riferimento al disegno di legge 1052 erano riferiti al fatto che la fattispecie facesse riferimento alla motivazione omofobica o transfobica. Solo la proposta di legge 868 (Scalfarotto) mantiene il riferimento ai fatti «fondati sull'omofobia o sulla transfobia», mentre le proposte n. 569 (Zan) e 2171 (Perantoni) utilizzano l'espressione «fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere» che appare preferibile per diverse ragioni:

a) orientamento sessuale e identità di genere costituiscono due espressioni il cui significato è ampiamente presente nel linguaggio legislativo (d.lgs. 196/2003 in materia di privacy; d. lgs. 216/2003 che ha integrato il testo dell'art. 15 Statuto lavoratori; d. lgs. 165/2001, relativo alle norme generali sull'ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni; d. lgs. 18/2014 sullo statuto di rifugiato; art. 1 ord. penit. come modificato dal d. lgs. 123/2018), facendo riferimento, la prima, alla direzione dell'attrazione sessuale (verso persone del sesso opposto, dello stesso sesso o di entrambi) e, la seconda, alla percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se tale percezione non corrisponde al sesso biologico;

b) questa formulazione consentirebbe anche di superare l'obiezione rivolta alla proposta 1052 della c.d. discriminazione alla rovescia, ossia il rischio che l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni contro il razzismo si traduca in una legge "eterofoba" che limiterebbe la libertà di manifestazione del pensiero in senso unidirezionale: il richiamo all'orientamento sessuale dissolve tali dubbi, in quanto la nuova disciplina potrebbe essere applicata anche a forme di discriminazione di cui fosse vittima un eterosessuale.

Se si ritenesse non adeguatamente fondato il significato di queste due espressioni – ma ribadisco che non mi pare sussistano dubbi a

² Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia*.

riguardo – si potrebbe optare per introdurre una espressa definizione normativa sul modello di quanto prevede la proposta di legge Boldrini-Speranza (n. 107), sulla quale tornerò.

Il termine discriminazione va invece interpretato in conformità alla Convenzione del 1966: «l'espressione "discriminazione razziale" sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica».

Pertanto, delle proposte di legge in esame, quelle che soddisfano maggiormente le esigenze di precisione nell'ampliamento della sfera di applicazione degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. sono quelle a firma Zan e Perantoni.

Sulla stessa linea si pone anche la proposta Boldrini-Speranza che amplia ulteriormente l'ambito di applicazione dei due articoli del codice penale a due ulteriori profili, relativi alle discriminazioni fondate sul ruolo di genere e sul sesso biologico della persona: costruisce, infatti, una nozione ampia di condotte «*finalizzate alla discriminazione in base all'identità sessuale della persona*», includendo nell'identità sessuale – in forza di una specifica definizione normativa (art. 1 della proposta) – il sesso biologico della persona, l'identità di genere, il ruolo di genere e l'orientamento sessuale, di cui dà specifiche definizioni.

Convince l'ampliamento della tutela penale alle condotte finalizzate alla discriminazione fondata sul genere, in ragione, specie nei reati a connotazione violenta, della prevalenza di vittime di sesso femminile (in tal senso si muove anche la proposta Bartolozzi n. 2255 che, peraltro, è troppo limitativa, perché fa solo riferimento alla discriminazione di genere).

Più delicato è, invece, l'ampliamento della tutela alle discriminazioni fondate sul "ruolo di genere" che è concetto di ordine sociale implicante, come ben evidenzia la definizione della proposta Boldrini-Speranza (art. 1, lett. c), il rapporto tra la manifestazione esteriore di una persona e le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna: il rischio è che il testo della proposta, a parte l'obiezione in ordine alla determinatezza dell'espressione, possa essere oggetto di una strumentalizzazione impropria (perché non è

chiaramente questa l'intenzione della proposta di legge) di accentuare la polemica sulla c.d. teoria *gender*.

Si potrebbe allora trovare una composizione tra le proposte di legge Zan (n. 569), Boldrini (n. 107), Bertolozzi (n. 2255) e Perantoni (n. 2171), includendo anche il genere nella riformulazione degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.: «*fondati sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere*» e valutando l'inserimento del riferimento anche alla *disabilità fisica o psichica* come ulteriore motivazione fondante la discriminazione, in linea con quanto suggerito dal gruppo di lavoro costituito nell'ambito dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale.

4. *La circostanza aggravante*

Un'obiezione che era stata sollevata in relazione alla estensione della circostanza aggravante della legge Mancino, collocata nel 2018 all'art. 604-*ter* c.p., era costituita dal mancato rispetto del principio di offensività, in quanto il contenuto offensivo del reato rimarrebbe identico a prescindere dalla motivazione con il quale il fatto sia stato commesso. La circostanza aggravante sarebbe, dunque, espressione di un diritto penale d'autore, di un diritto penale dell'atteggiamento interiore incompatibile con i principi di materialità e offensività che trovano fondamento nella Costituzione e che sono ampiamente recepiti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

L'estensione della circostanza aggravante è ragionevole, in quanto i reati che hanno alla base una finalità di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sulla identità di genere (o anche fondata sul genere o sulla disabilità nella prospettiva più ampia innanzi indicata) assumono una disvalore proprio anche sul piano oggettivo: accanto all'offesa arrecata ai singoli beni offesi dal reato commesso (incolumità fisica, interessi patrimoniali, libertà di autodeterminazione sessuale, etc...), viene in rilievo la violazione del rapporto di riconoscimento che deve essere garantito a tutti i consociati. Bene ha fatto, dunque, il legislatore, nell'attuare la riserva di codice, avere posto l'accento, in sede di classificazione, al principio di uguaglianza. L'aggravante non può essere letta né come espressione di un diritto penale d'autore (punire di più l'omofobo in quanto tale), né come espressione di una mera gradazione della colpevolezza per il fatto commesso: è il disvalore oggettivo del fatto ad essere anzitutto diverso, perché l'offesa allo specifico bene

giuridico del reato è connotata dal profilo ulteriore dell'offesa alla dignità della persona in relazione al profilo della sua identità sessuale, quale tratto fondamentale e non mutabile della sua personalità.

Il richiamo al rapporto di riconoscimento consente di valorizzare il significato della dignità umana nella sua dimensione sociale, non nel senso di dare rilievo alla dignità sociale del gruppo di appartenenza della vittima (la tutela penale non si rivolge al gruppo in quanto tale), ma nel senso di valorizzare il profilo della dimensione intersoggettiva della persona, alla quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esplicitare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali si colloca.

La ragione dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio non sta dunque nella particolare vulnerabilità delle vittime delle aggressioni che renderebbe ragionevole una tutela penale differenziata (in tal senso si è orientata parte autorevole della dottrina): la ragione della tutela risiede nella tutela della dignità della persona in relazione alla sua identità sessuale, a prescindere dalla vulnerabilità del soggetto colpito, che in singoli casi può anche essere presente, ma non per questo deve connotare la ragione dell'intervento penale.

In ogni caso, dare rilevanza al movente non significa aprire la porta a qualsiasi soggettivismo, in quanto, come ha affermato la Corte di Cassazione nei casi in cui ha avuto modo di pronunciarsi sull'aggravante di cui all'art. 3 L. n. 205/1993, è necessario che la motivazione si traduca in elementi del fatto che rendano esternamente percepibile il movente: si richiede che l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulti intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno il sentimento di odio³.

5. Le possibili obiezioni riferite alle disposizioni penali in materia di discriminazione

Alcune obiezioni in ordine alla estensione dell'ambito di tutela della disciplina penale contenuta nelle leggi Reale e Mancino, in parte trasfuse negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. investono più in generale la ragionevolezza delle scelte di incriminazione e sanzionatorie contenute in questi testi di legge. Ne indico alcune emerse dal dibattito scientifico e che vanno in direzioni non sempre

³ Corte di Cassazione, sezione V, sentenza del 9 luglio 2009, in *Cassazione penale*, 2010, p. 3832.

omogenee, a favore ora dell'ampliamento ora della contrazione della tutela penale: i dubbi di compatibilità del delitto di propaganda con l'art. 21 Cost. e, all'opposto, l'opportunità di tornare alla formulazione previgente alla riforma della l. 85/2006 che dava rilevanza alla condotta di "diffusione in qualsiasi forma" del pensiero di odio; la rilevanza penale data a forme di aggregazione di più difficile delimitazione, in quanto si prescinde dal vincolo associativo (il riferimento a organizzazioni, movimenti e gruppi); la rilevanza penale della condotta istigatoria anche se non accolta e non seguita dalla realizzazione della condotta istigatoria o di violenza; il trattamento sanzionatorio che ad alcuni è parso troppo blando a seguito del ridimensionamento operato dalla l. 85/2006 (che ha introdotto la pena alternativa della reclusione o della multa in luogo della pena detentiva in precedenza prevista) e ad altri eccessivamente rigoroso, specie con riferimento alla possibilità per il giudice di applicare pene accessorie a contenuto prescrittivo (art.1, comma 1-bis d.l. 122/1993, non trasfuso nel codice penale in sede di attuazione della riserva di codice); l'omogeneizzazione entro una medesima cornice editale di fatti connotati da differente disvalore.

Questi rilievi interessano l'impianto generale della legge e non possono essere adottati a giustificazione della non estensione della stessa alle discriminazioni fondate sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere: le proposte Zan, Scalfarotto e Perantoni non intervengono, infatti, sulla disciplina generale della legge, ma si limitano a sanare l'irragionevole esclusione di una motivazione discriminatoria.

Nel senso, invece, della modificazione di alcune delle disposizioni della legge Reale e Mancino va la proposta Boldrini-Speranza (n. 107). In sintesi alcuni rilievi:

- a) sostituire il verbo propagandare con il verbo "diffondere in qualsiasi modo", tornando al testo previgente alla l. 85/2006: come emerse anche in sede di interpretazione della riforma, la maggior parte dei commentatori concluse nel senso che la riforma aveva carattere più simbolico che effettivo, in quanto "propaganda" e "diffusione in qualsiasi forma" implicano entrambe la necessità della comunicazione a un numero indeterminato di persone; la modifica, quindi, non avrebbe alcun impatto e mi chiedo, pertanto, se sia opportuno intervenire sul testo di legge;
- b) la stessa conclusione vale per la proposta di sostituzione del verbo "istigare" con "incitare", presente prima della riforma del 2006:

avendo i due termini lo stesso significato, la modifica non avrebbe alcun effetto;

c) inasprimento della pena di cui alla lett. a), sostituendo l'attuale pena alternativa (reclusione sino ad un anno e sei mesi o multa sino a 6000 euro) con la sola pena detentiva: è preferibile lasciare al giudice il più ampio potere discrezionale assicurato dalla pena alternativa (anche se andrebbe rafforzata quella pecuniaria, almeno nel minimo), in quanto la lett. a) include fattispecie connotate da disvalore differente sia in astratto (dalla propaganda all'istigazione non accolta ad atti di discriminazione) sia nella loro possibile concreta manifestazione;

d) previsione della obbligatorietà della pena accessoria di una attività non retribuita in favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità: non convince la trasformazione della pena accessoria da facoltativa ad obbligatoria, sia perché si tratta di lavoro coatto, sia perché appare di dubbia efficacia (preferibile, semmai, costruire l'attività non retribuita come sanzione sostitutiva della pena detentiva o prevederla nell'ambito del percorso di messa alla prova che già comunque consente lo svolgimento di "attività di volontariato sociale" – art. 168-*bis* c.p.);

e) previsione della prevalenza della circostanza aggravante di cui alla legge Mancino, trasfusa nell'art. 604-*ter* c.p.: si propone cioè l'inasprimento della disciplina di cui al comma 2 di quest'ultimo articolo, a tenore del quale «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»; il testo della proposta, imponendo una rigida prevalenza dell'aggravante, esclude il potere discrezionale del giudice nella individuazione della pena in presenza di eventuali attenuanti, esponendosi a profili di in costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. È pertanto preferibile la disciplina attuale che riprende un modello già consolidato nella blindatura del giudizio di bilanciamento: pur imponendo di tener conto dell'aggravante (in modo tra l'altro significativo, visto che è bloccato il giudizio di equivalenza), prevede che il giudice possa applicare la riduzione di pena per effetto delle attenuanti solo dopo aver computato l'aggravamento della pena (salvo che concorra l'attenuante della minore età, in tal caso riprende la disciplina generale dell'art. 69 c.p. in omaggio al *favor aetatis*);

f) pienamente condivisibile è, invece, l'istituzione di una Autorità garante della parità di trattamento e della rimozione delle discriminazioni che si colloca entro un'idea di programma integrato di intervento che non guarda solo alla disciplina repressiva, ma prende in considerazione le misure volte a sensibilizzare la parità di trattamento e il superamento delle discriminazioni, nella consapevolezza dei limiti del ricorso al solo diritto penale.