

AUDIZIONE AVANTI LA COMMISSIONE GIUSTIZIA
DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

27 maggio 2020

Un commento sulle proposte di legge in materia di discriminazione o violenza per motivi di genere,
orientamento sessuale e identità di genere

Stefano Chinotti*

La partecipazione dei Comitati per le pari opportunità alla discussione sull'introduzione di una tutela penale nei confronti delle persone soggette a vulnerabilità pare, sempre, un'opzione consigliabile; forse, anche, dovuta.

L'attività dei Comitati, infatti, se, in origine, s'è focalizzata, prevalentemente, sulla promozione delle politiche di **uguaglianza fra uomo e donna**, più recentemente, anche se la novità non è così recente, si è indirizzata, in ossequio alla normativa anti-discriminatoria di origine euro-unitaria, al contrasto alle sperequazioni di trattamento ed alle violenze fondate, oltre che **sul genere di appartenenza della vittima (maschile o femminile), sulla razza, l'origine etnica, il credo religioso, la disabilità, l'orientamento sessuale e l'identità di genere.**

Possiamo dire che le cinque proposte di legge oggetto di odierno esame tentano di emendare un vuoto di tutela creatosi, già da tempo, a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento, di due, successive, discipline normative, le arcinote leggi Reale e Mancino, rispettivamente del 1975 e del 1993, il cui contenuto, sebbene solo in maniera parziale per quanto riguarda la Mancino, è confluito nel codice penale, in virtù della novella del 2018, che, sotto la rubrica "*Delitti contro l'uguaglianza*", ha introdotto gli artt. 604 *bis* e 604 *ter*.

De iure condito, l'articolato del codice penale, appresta, oggi, una tutela limitata ai soggetti vulnerabili in ragione di **motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi.**

* Avvocato del Foro di Bergamo; presidente del Comitato pari opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Bergamo.

Mancano, nel perimetro di operatività della norma penale, le vulnerabilità fondate sul **genere (maschile o femminile), sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.**

La condizione della persona disabile trova, invece, tutela penale nell'aggravante contemplata dall'art. 36 della L. 104 del 1992.

Tra le categorie a rischio oggetto dell'attività dei Comitati per le pari opportunità restano, quindi, attualmente esclusi dalla copertura normativa solo quelli che, pur in maniera differente fra loro, le proposte di legge in esame, intendono trattare: **l'appartenenza di genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere.**

In verità la questione, squisitamente, di genere viene trattata solo da **due** delle proposte sul tavolo: una più articolata a firma dell'onorevole **Boldrini** e una più sintetica a firma dell'onorevole **Bartolozzi**. Ovviamente ci si limita a citare le prime firmatarie.

Il testo che la commissione dovrà licenziare, per questioni di completezza ed esaustività, non potrà che, quindi, essere il frutto di una fusione fra più proposte differenti.

Risulta dunque altamente auspicabile l'approvazione di una disciplina sanzionatoria delle condotte discriminatorie e violente per ragioni di genere, orientamento sessuale ed identità di genere, con particolare favore nei confronti della proposta Perantoni, arricchita da un'integrazione, quella sul genere, mutuata dalle proposte Boldrini e Bartolozzi.

L'approdo ad una legge in materia di discriminazione e violenza per ragioni di genere, orientamento sessuale ed identità di genere risulta essere, infatti, necessaria.

Ciò per una serie di ragioni.

La prima: il nostro Paese, in una prospettiva comparatistica, rappresenta **il fanale di coda** del mondo occidentale.

Provvedimenti che accordano una tutela penale alle persone con fattori di vulnerabilità, quali quelli oggi in esame, sono stati, da tempo, adottati sia in Paesi europei che extraeuropei, di *civil e common law*.

L'auspicio all'approvazione di una norma che punisca comportamenti discriminatori e violenti per ragioni di genere, orientamento sessuale ed identità di genere trova ragione di essere, anche nel **principio di razionalità** della legge.

Se, infatti, le condizioni personali relative all'appartenenza razziale, etnico e religiosa, ed alla disabilità, possono godere di una tutela penale, risulta difficile comprendere perché la medesima tutela non possa essere accordata ad altri fattori di rischio quali il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere che, come è noto, nelle formulazioni degli elenchi adottati dalla normativa antidiscriminatoria universale, seguono le voci dell'appartenenza razziale, etnica e religiosa in un'elencazione che si ripete, ovunque, sempre uguale. E questo è un autentico *vulnus* al quale il solo legislatore potrà rimediare benché qualche tentativo di sopperire a questo vuoto mediante un'interpretazione giurisprudenziale estensiva sia stato fatto¹.

Altra ragione a sostegno dell'approvazione della normativa per cui si discute risiede nei **dati statistici** forniti da osservatori privilegiati, quali OSCAD ed UNAR² (ma basterebbe la lettura giornaliera di un qualsiasi quotidiano), che testimoniano di come la discriminazione e la violenza per ragioni di genere, orientamento sessuale ed identità di genere costituiscano un fattore di **grave allarme sociale**.

L'opportunità dell'introduzione di una norma parificata a quelle oggi in esame deriva, ancor più – e questo è un **argomento che non può essere ignorato da coloro che si occupano anche dello sviluppo economico della nazione** – dalla circostanza che, sempre più spesso, le **agenzie di valutazione** degli Stati, nel riportare il dato sulla sicurezza personale dei cittadini e degli stranieri residenti o in visita, fanno esplicito riferimento alla sicurezza delle donne e delle persone LGBTI³. In punto sarebbe bene riflettere su quanto nocumento alla nostra economia abbiano portato le notizie di aggressioni a persone omosessuali in luoghi di vacanza o il diniego all'accesso a beni e servizi (si

¹ Tribunale di Trieste 05 giugno 2013.

² OSCAD – Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno; UNAR - Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

³ ILGA Rainbow Index 2020 – EUROPEAN TRAVEL COMMISSION Handbook on the lesbian, gay, bisexual, transgender and queer travel segment – OPEN FOR BUSINESS CITY RATING.

tratta spesso del rifiuto della concessione di una stanza d'albergo o del divieto di accesso ad uno stabilimento balneare).

E se, allora, questo è il contesto sociale di partenza e queste sono le ragioni alla base dell'opportunità dell'introduzione di una tutela penale, converrà analizzare con grande attenzione quali siano **gli argomenti a contrario** utilizzati da chi s'opponesse all'approvazione di tale strumento legislativo.

Nel percorrere questa strada, occorrerà astenersi dal commentare le numerose considerazioni non strettamente giuridiche riconducibili più ad una rappresentazione folkloristica degli interessi e dei diritti in esame e concentrarsi invece su quelle tecnico-giuridiche. Si tratta di considerazioni che potrebbero risultare anche condivisibili, in ipotesi astratta, ma che scontano il difetto del partire dalla rappresentazione di una **società iperuranica** sganciata dalla realtà.

Anche **l'accademia dei puristi** non può e non deve sottrarsi dal fornire una risposta efficace al **volto tumefatto** di un adolescente, **al suicidio**, non raro, purtroppo, di ragazzi e ragazze incapaci di una reazione a fronte di violente diffamazioni e pesanti ingiurie ricevute a mezzo social, al **corpo esanime** dell'ennesima vittima di un femminicidio.

Perché di questo stiamo parlando.

Parliamo **della vita delle persone e di dolore**.

Sappiamo tutti che la sanzione penale dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, sappiamo che spesso il legislatore tende ad avere una visione ipertrofica riguardo alla criminalizzazione di talune condotte e non ignoriamo che la norma penale necessita di determinatezza e che, con l'introduzione dei cosiddetti reati d'opinione, il rischio sia quello della limitazione della libertà di espressione.

Ma il dato di realtà zittisce ogni argomentazione contraria, spesso speciosa anche in punto di diritto.

Procediamo con ordine:

Il carattere residuale della legislazione penale

Alla contestazione di chi intravede il rischio dell'essere fagocitati da una sorta di **pantagruelismo penale** basterà ricordare come nella fattispecie non si tratta di introdurre nel nostro ordinamento uno strumento di tutela assolutamente nuovo, ma solamente di **ampliare la portata di quello già**

esistente. Se la condotta dell'istigazione o della realizzazione di atti discriminatori risulta essere punibile in presenza di alcune condizioni personali, ad esempio la razza, non si comprende la ragione per cui l'ipertrofia penale possa essere individuata solo in virtù dell'ampliamento della tutela nei confronti di situazioni che la legislazione sovranazionale e la giurisprudenza interna definiscono come conformi ed assimilabili; ad esempio l'orientamento sessuale.

Determinatezza del precetto

Alcune voci si sono levate in favore di una presunta **mancanza di determinatezza** delle fattispecie di reato che si intenderebbe introdurre. Ciò sul presupposto che risulterebbero indefinibili i concetti di “*genere*”, di “*orientamento sessuale*” e di “*identità di genere*”. Non sembrano, però, porsi problemi di precisione-determinatezza-tassatività, né in ordine alla nozione di “*genere*” né a quella di “*orientamento sessuale*” né, tantomeno, a quella di “*identità di genere*”, né, infine, a quella di “*discriminazione*”.

Gli elementi della fattispecie penale, infatti, possono essere distinti in ragione della loro maggiore o minore “*valutatività*”, ovvero della loro maggiore o minore attitudine ad acquisire consistenza per il tramite dell'interprete. La fattispecie è totalmente indeterminata solo quando il c.d. “*spazio semantico*” della disposizione non sia in alcun modo individuabile attraverso parametri certi⁴.

In caso di **elementi descrittivi valutativi** e di **elementi normativi extragiuridici**⁵, raggiungere l'assoluta determinatezza è impossibile, considerato che la legislazione non può mai essere “*onniloquente e onnidescrittiva*”, sicché la sussistenza di possibili margini di incertezza semantica è fisiologica in tutti i casi in cui l'esigenza di descrivere un dato fenomenologico imponga il ricorso a tali elementi. Gli unici apporti non rispettosi del principio di determinatezza sono quelli **vaghi** e **generici**, in cui sia assolutamente impossibile individuare a priori l'area di operatività della norma, ben potendo invece il legislatore ricorrere ad elementi valutativi, elastici e di ampia portata semantica,

⁴ MARANI S., *Principio di determinatezza e norma integratrice del precetto penale: l'importanza di una corretta tecnica legislativa nella costruzione della norma penale*, Edizioni Accademiche Italiane, 2014, p. 36.

⁵ V. sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, decima edizione, Cedam, Padova, 2017, p. 66.

che siano in grado di indicare anche con una ragionevole approssimazione i confini della fattispecie⁶.

Tali elementi sono stati definiti gli “*organi respiratori dell’ordinamento*”, che consentono di adeguare costantemente la disciplina penale all’evoluzione della realtà sociale.

Come è stato efficacemente affermato da illustre dottrina, “*il principio di determinatezza si può ritenere violato solo quando la norma, per indeterminatezza dei connotati, non consente di individuare, nonostante il massimo sforzo interpretativo, il tipo di fatto disciplinato*”⁷.

Ebbene, ciò non accade in relazione alle fattispecie incriminatrici sottoposte all’odierno esame.

Al contrario, nel caso dei concetti di **genere**, di **orientamento sessuale** e di **identità di genere** sono soddisfatti i requisiti di precisione e di determinatezza, atteso che essi **consentono l’intelleggibilità della fattispecie** e che v’è una **chiara rispondenza ai fatti e alla fenomenologia della realtà sociale**.

I referenti semantici dei suddetti termini sono molteplici. Innanzitutto, vi è la possibilità di individuare un significato corrispondente al **normale uso linguistico** e ai dati dell’esperienza comune. In secondo luogo, è possibile ricorrere, per una perimetrazione più rigorosa della nozione, alle **fonti normative nazionali, euro-unitarie e sovranazionali**, agli approdi del **diritto vivente di matrice giurisprudenziale** (ad esempio in materia giuslavoristica e di disciplina dei rifugiati) e al **confronto comparatistico** con le legislazioni antidiscriminatorie straniere. In ultimo, qualora in particolari casi dovessero residuare delle incertezze, sarebbe possibile ricorrere ai **saperi extragiuridici** (psicologia, pedagogia, sociologia, antropologia, storia, filosofia, medicina)⁸, facendo riferimento alla copiosa letteratura scientifica in materia.

6 “*La verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero — come nella specie — di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un **giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile**; e, correlativamente, **permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo**” (cfr., ex plurimis, Corte cost. nn. 5/2004, 34/1995, 31/1995, 122/1993, 247/1989).*

7 MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 68.

8 È a norme o a saperi extragiuridici (di natura morale, sociale, tecnica o scientifica) che si ricorre abitualmente nel perimetrare le nozioni di “onore”, “reputazione”, “opere d’arte e bellezze naturali”, “mezzi di correzione”, “comune sentimento del pudore”, “atti osceni”, condotta di “abuso”, “atti sessuali”.

Del resto, non è un caso che né le legislazioni straniere, né le norme di diritto euro-unitario⁹, né le norme di diritto interno¹⁰ che fanno riferimento a genere, orientamento sessuale e identità di genere, diano una definizione di tali nozioni, essendo il loro significato ritenuto di facile intellegibilità e ricostruibilità sia da parte del giudice, sia da parte dei destinatari della norma. Infatti, una norma che contempli il caso di discriminazioni per genere, identità sessuale ed orientamento sessuale consente senz'altro di individuare il “tipo” di fatto sanzionato, facendo riferimento ad un evidente **nucleo fondamentale di disvalore**¹¹ che, sulla base del comune sentire (prima ancora che sulla base dei referenti giuridici ed extragiuridici richiamati), anche il c.d. “uomo della strada” è in grado di avvertire. Ciò in quanto le norme in esame richiamano l'esperienza, diretta o (più spesso) “assistita”, della discriminazione sessista e omotransfobica, la quale fa parte del vissuto personale di quasi ogni persona (a prescindere dalla sua identità sessuale), spesso fin dagli anni dell'infanzia o dell'adolescenza.

Peraltro, rende poco onore a chi ne fa uso il tentativo di confondere il piano dell'orientamento sessuale con quello delle pratiche sessuali: **il masochismo ed il sadismo**, esemplificando, fanno parte dei secondi e non certo del primo. **I comportamenti sessuali non riceverebbero alcuna tutela in caso di approvazione dell'estensione normativa in esame.**

Per quanto riguarda la nozione di **discriminazione**, essa, oltre a presentare un nucleo semantico minimo facilmente riconoscibile nell'ambito del **linguaggio comune**, risulta ricostruibile più

9 V., a titolo esemplificativo, i considerando 9 e 56 della Direttiva 2012/29/UE, c.d. “direttiva vittime”.

10 Si pensi all'art. 60 del **Codice della privacy** (D.lgs. 196/2003), all'art. 15 dello **Statuto dei lavoratori** (L. 300/1970), agli artt. 1-3 del **D.lgs. 216/2003 in materia di discriminazioni sul lavoro**, all'art. 7 del **Testo unico sul pubblico impiego** (D.lgs. 165/2001), all'art. 1 dell'**Ordinamento penitenziario** (L. 354/1975), alla **disciplina sui rifugiati**.

¹¹ Secondo MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 68, il principio di determinatezza è rispettato quando essa raggiunga un “*grado [...] necessario e sufficiente a consentire [...] di individuare il “tipo di fatto” predeterminato nella sua unità di disvalore*”.

dettagliatamente sia sulla base delle **fonti di diritto interno**¹², di **diritto euro-unitario**¹³ e di **diritto internazionale**¹⁴, sia sulla base della **giurisprudenza** consolidatasi in materia di discriminazioni sul lavoro e di applicazione della Legge Reale-Mancino (ora artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.)¹⁵.

Tra le varie fonti che si occupano di definire il concetto di discriminazione, merita una particolare menzione la **Convenzione di New York del 1966** sul contrasto ai fenomeni di razzismo (alla base della Legge Reale del 1975), secondo la quale la **discriminazione razziale** “*sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine 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*”.

Non sembrano esservi ostacoli all'estensione di questa nozione di discriminazione anche agli atti discriminatori fondati sul genere, sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, atteso che in tutti

12 In particolare, il D.lgs. 216/2003 e il D.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione).

L'art. 2, comma 1, D.lgs. 216/2003 definisce la **discriminazione diretta** come “*quella che si verifica quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*”. Definisce poi la **discriminazione indiretta** come “*quella che avviene quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*”. Al comma 3 del medesimo articolo si stabilisce infine che “*sono, altresì, considerate come discriminazioni, ai sensi del comma 1, anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per uno dei motivi di cui all'articolo 1, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo*”.

L'art. 43 D.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione) così recita: “*ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e 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 umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*”.

13 Cfr. art. 2 TUE, artt. 10 e 19 TFUE, art. 21 CDFUE; fonti di diritto derivato, con particolare riferimento alle direttive in materia antidiscriminatoria; atti di *soft law* (e.g. le Risoluzioni del Parlamento europeo del 2006 e del 2012); la giurisprudenza della CGUE in materia antidiscriminatoria.

14 Artt. 1 e 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; artt. 10, 14 e 17 CEDU (così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale la discriminazione consiste nel “*trattare in modo differente, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni comparabili*”); Convenzione di New York contro la discriminazione razziale del 1966 (ratificata nel 1975); art. 7, comma 1, lett. h), dello Statuto della Corte penale internazionale; atti di *soft law* provenienti da organizzazioni internazionali, quali la Risoluzione adottata dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, del 2011, la Risoluzione n. 1728 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, del 2010, sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, la Raccomandazione CM/Rec(2010) del Comitato dei ministri, del 2010, sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

15 L'equiparazione tra atti di discriminazione per motivi razziali e atti di discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere, accolta dal Parlamento europeo e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, legittima infatti l'estensione ai secondi degli approdi giurisprudenziali raggiunti in relazione ai primi.

questi casi si potrebbe essere in presenza di una condotta discriminatoria che prende di mira un soggetto in ragione di una sua “*caratteristica ascrivibile*” arrecandogli offesa in virtù del rapporto di appartenenza che lo lega a una categoria sociale vulnerabile e discriminata.

Apparendo, dunque, le nozioni di “*genere*”, “*orientamento sessuale*”, “*identità di genere*” e “*discriminazione*” sufficientemente determinate, **non si avverte la necessità di una definizione legislativa**. Anzi, tentare di delimitare rigidamente a priori tali nozioni potrebbe comportare il rischio di un’applicazione per eccesso e/o per difetto della fattispecie, privando il giudice di quella necessaria flessibilità applicativa, connaturata al momento ermeneutico, che consente l’adattamento della ipotesi incriminatrice alle cangianti e multiformi manifestazioni della realtà sociale.

Le espressioni che, al contrario, potrebbero presentare oggettivi profili di indeterminatezza sono quelle di “*omofobia*” e “*transfobia*” contenute nella proposta Scalfarotto, considerato che esse si riferiscono ad un complesso atteggiamento soggettivo ed emotivo dell’agente (di difficile definizione, ancor prima che di accertabilità e ponderabilità) invece che all’oggettiva (e dunque apprezzabile) manifestazione dei motivi di odio e di avversione verso particolari gruppi sociali, estrinsecantisi nelle concrete modalità di esecuzione delle condotte violente e discriminatorie.

Parimenti, potrebbe esporsi a censure di indeterminatezza la nozione di “*ruolo di genere*” contenuta nella proposta Boldrini, per via dell’ambiguità di tale concetto ricavato da scienze sociali quali la psicologia, la filosofia e l’antropologia. Esso, a differenza dei termini “*genere*”, “*identità di genere*” e “*orientamento sessuale*”, non ha ancora avuto modo di essere recepito dal linguaggio comune e nemmeno ha potuto sedimentarsi nelle fonti giuridiche e nell’elaborazione giurisprudenziale. Né sembra che il pur apprezzabile sforzo definitorio contenuto nella proposta medesima valga a dotare la nozione in esame di confini concettuali sufficientemente determinati.

Se dunque si escludono i termini appena indicati, connotati da oggettive criticità sotto il profilo della precisione-determinatezza, le restanti parti delle proposte presentate appaiono esenti da fondate censure, poiché è da rilevare come il principio di determinatezza della fattispecie penale non pretenda, comunque, **l’esatta specificazione di ogni singolo elemento del reato**. Il nostro codice penale è

disseminato di fattispecie la cui individuazione, quanto a taluni elementi costitutivi della condotta integrante reato, è devoluta all'attività ermeneutica dei giudici. Esempi in tal senso potrebbero essere individuati nell'art. 595 c.p. che, in tema di **diffamazione**, tratta di offesa all'altrui "reputazione" o l'art. 640 c.p. che, riguardo al reato di **truffa**, prevede l'utilizzo di "artifici e raggiri". La giurisprudenza nel tempo si è occupata di riempire di significato questi concetti inevitabilmente generici. A voler sottacere della genericità dei concetti di "onore e del decoro", elementi costitutivi del reato di **ingiuria** quando esso era ancora contemplato come tale o degli "atti sessuali" indicati dall'art. 609-bis c.p. in materia di **violenza sessuale**.

La libertà di espressione

Le critiche più insidiose all'estensione normativa in esame derivano, infine, da una presunta possibile lesione della **libertà di espressione**. Come se la libertà di affermare quel che si vuole fosse un diritto assoluto. Come se le regole del nostro vivere civile, della nostra Costituzione, non contemplassero altri diritti di uguale rango se non addirittura superiore. Apparirà pleonastico sostenere che quelli della **dignità umana**, dell'**identità personale** e dell'**uguaglianza** sono diritti supremi. La libertà di espressione non è un diritto assoluto ed il suo esercizio può incontrare limitazioni **a condizione che queste siano previste dalla legge e rispettino il principio di proporzionalità**.

Per un approfondimento sul tema occorrerà distinguere il problema della **determinatezza** (risolto, come detto, in senso positivo) delle fattispecie incriminatrici in esame dal problema dell'**ampiezza** dell'ambito di applicazione delle stesse.

Posto che le condotte di **discriminazione, violenza, istigazione alla discriminazione o alla violenza** sulla base di motivi fondati sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere (art. 604-bis, comma 1, lett. a) e b) del novellando c.p.), così come le condotte di **partecipazione o assistenza a organizzazioni, associazioni o gruppi** aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza sulla base dei medesimi motivi (art. 604-bis, comma 2, primo periodo), appaiono, sulla scorta delle considerazioni sopra svolte, **sufficientemente determinate**, esse risultano nondimeno caratterizzate da una **notevole ampiezza applicativa**, suscettibile di ricomprendere nella propria

sfera di operatività un'ampia galassia di condotte discriminatorie di carattere vario ed eterogeneo. In taluni casi, esse potrebbero consistere in condotte dichiarative, come la comunicazione di idee o l'espressione di una volontà o di un pensiero, con lo scopo o l'effetto di praticare una discriminazione tra soggetti in ragione della loro appartenenza ad una minoranza sessuale.

È lecito dunque chiedersi se una tale ampiezza applicativa non rischi di risolversi in un **vulnus alla libertà di espressione del pensiero ex art. 21 Cost.**

In generale, è possibile ricordare che la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶, della Corte di cassazione¹⁷ e della Corte EDU sono concordi nel ritenere che **la libertà di espressione può essere legittimamente arginata, anche con strumenti sanzionatori penali, laddove essa si riveli suscettibile di ledere altri diritti e libertà costituzionalmente e/o convenzionalmente protetti, quali la dignità umana, il diritto all'identità personale¹⁸, l'eguaglianza, il divieto di discriminazione, la libertà personale (in particolare la libertà morale e sessuale), il diritto alla vita privata e familiare, l'onore e la reputazione.**

In particolare, la Corte EDU, nella **sentenza *Vejdeland ed altri c. Svezia***, del 9 febbraio 2012, ha affermato che **“Non costituisce ingerenza illegittima nell'esercizio della libertà di espressione**

¹⁶ La Corte costituzionale afferma tradizionalmente che la libertà di manifestazione del pensiero non può spingersi oltre il limite segnato da altri principi costituzionali fondamentali. Cfr. Corte cost. nn. 1/1957 e 74/1958, riguardanti la presunta illegittimità costituzionale della c.d. legge Scelba (L. 645/1952) con riguardo al reato di apologia del fascismo, in cui la questione di legittimità costituzionale fu ritenuta infondata, non ravvisandosi alcun contrasto con l'art. 21 Cost.

¹⁷ “*Le pronunce della giurisprudenza della Corte di cassazione tendono ad affermare il principio secondo il quale il diritto di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) incontra dei limiti laddove esso si ponga in contrasto con il principio di pari dignità di tutti i cittadini (art. 3 Cost.). A titolo di esempio, Cass., Sez. III, n. 37581/2008, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654 laddove esso vieta la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., in quanto la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista (nella motivazione della sentenza, la Corte ha ulteriormente precisato che la libertà costituzionalmente garantita dall'art. 21 non ha valore assoluto ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, quali quelli fissati dall'art. 3 e dall'art. 117, comma primo, Cost.). Analogamente, e per analoghi motivi, Cass., Sez. V, n. 31655/2001 afferma che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost., dell'art. 3, comma 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, che vieta la partecipazione, la promozione e la direzione di organizzazioni di ogni tipo aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, in quanto l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta che realizza un quid pluris rispetto alla mera manifestazione di opinioni personali”.*

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

¹⁸ Di cui il diritto all'identità sessuale è una componente fondamentale, come ormai riconosciuto dall'unanime giurisprudenza della Corte costituzionale.

condannare chi renda dichiarazioni di incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. Il diritto di cui all'articolo 10 incontra un limite invalicabile nel rispetto dei valori fondamentali di una società democratica, quali la tolleranza e il rispetto della reputazione e 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". Nelle sentenze *Identoba ed altri c. Georgia*, del 12 maggio 2015, *M.C. e A.C. c. Romania*, del 12 aprile 2016, e *Beizaras e Levickas c. Lituania*¹⁹, del 14 gennaio 2020, la Corte EDU non solo ha affermato la legittimità di una legislazione penale che sanzioni gli atti e i discorsi (c.d. *hate speech*) di discriminazione ai danni delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali, ma **ha condannato gli Stati coinvolti per non aver predisposto idonee misure di contrasto** a tali fenomeni, con violazione dell'art. 14 CEDU e in un caso anche dell'art. 3 CEDU (che vieta trattamenti disumani e degradanti). Pur senza giungere all'affermazione esplicita di un obbligo di incriminazione penale, la Corte EDU, in tali sentenze, ha rivolto agli Stati **un implicito invito a dotarsi di strumenti di tutela anche penale** al fine di predisporre una tutela rafforzata dei numerosi beni giuridici pregiudicati dalle condotte di stampo omofobico e transfobico.

Costituisce dunque *ius receptum* nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, nazionali e sovranazionali, l'assunto per cui **il discorso discriminatorio nei confronti di un gruppo sociale, attuato "in modo irresponsabile", incontenente e lesivo dell'altrui dignità, da esercizio della libertà di espressione è idoneo a trasmodare in un intollerabile abuso del diritto**, che come tale è in grado di **legittimare** (o addirittura di suggerire) **un'adeguata reazione sanzionatoria** da parte dell'ordinamento.

¹⁹ Il caso, recentissimo, trae origine dalla pubblicazione su un profilo *Facebook* di una fotografia ritraente il bacio di una coppia omosessuale lituana, alla quale seguì una diffusione virale della stessa, accompagnata da una pioggia di insulti, offese e minacce alla coppia, accompagnati da messaggi incitanti all'odio verso la comunità LGBTI, da parte di centinaia di utenti del social network. A seguito della denuncia della coppia, il procuratore distrettuale competente si rifiutò, tuttavia, di dare inizio a un procedimento penale, ritenendo insussistente il requisito dell'azione sistematica, in quanto ciascun commento isolatamente considerato era da ritenersi meramente espressivo di una opinione personale, seppure eticamente riprovevole. La Corte EDU ha dunque condannato la Lituania per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, a causa del vuoto di tutela sanzionatoria esistente rispetto ai casi di discriminazione e di incitazione all'odio per motivi legati all'orientamento sessuale.

Posto, dunque, che l'intervento penalistico nella materia *de qua* risulta pienamente legittimato sotto il profilo dell'*an*, resta da chiedersi se le proposte di modifica degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. attualmente all'esame della Commissione giustizia siano da ritenere congrue sotto il profilo del *quomodo*, ossia dal punto di vista della proporzionalità e ragionevolezza delle scelte di compressione della libertà di espressione del pensiero rispetto agli obiettivi di tutela dei beni giuridici che con questa entrano in bilanciamento.

La risposta sembra dover essere positiva.

Innanzitutto, ricadono pacificamente al di fuori del perimetro della libertà di espressione le condotte costituenti violenza, istigazione alla violenza o partecipazione ad associazioni che abbiano come fine la violenza fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Occorre poi sottolineare come la condivisibile **scelta di non estendere ai fenomeni di discriminazione sessuale il reato di propaganda** di idee razziste sgombri il campo dai principali sospetti di incostituzionalità che, nell'ambito del dibattito che nei decenni ha interessato le leggi Reale e Mancino, si appuntavano proprio su tale fattispecie. In questo modo, la condotta di chi si limiti a esprimere e a diffondere le proprie convinzioni personali, seppur connotate da una forte carica discriminatoria, o a fare propaganda delle stesse sollecitando l'adesione di una pluralità di persone alla propria visione del mondo, non commetterà alcun reato e sarà al contrario protetto dall'art. 21 Cost. Coloro che, ad esempio, dovessero pubblicamente avversare l'approvazione del matrimonio egualitario, delle adozioni per coppie omosessuali o un'educazione sessuale nelle scuole inclusiva delle differenze, non saranno passibili di sanzioni per propaganda di idee discriminatorie.

Sono invece suscettibili di lambire la libertà di espressione le condotte di discriminazione e istigazione alla discriminazione, nella forma monosoggettiva o plurisoggettiva di partecipazione ad organizzazioni aventi tali fini, non essendo escluso che esse possano concretarsi anche in condotte che siano il frutto di convincimenti personali di natura politica, religiosa, filosofica, culturale,

tradizionale²⁰. In relazione ad esse, si può osservare che, per quanto l'ampia formulazione letterale possa suscitare il timore di un'eccessiva dilatazione dell'ambito di applicazione della fattispecie, la norma finisce col riferirsi solamente ad atti di vera e propria **discriminazione concreta e fattiva** (come si evince *a contrario* dall'alternatività della previsione rispetto alla fattispecie di propaganda), in circostanze di luogo e di tempo individuate e ai danni di soggetti determinati, o di **istigazione alla discriminazione**, che, diversamente dalla mera espressione di opinioni o dal mero incitamento, presuppone “*un nesso tra parola e atti violenti o discriminatori*”²¹, cioè un'attitudine ad essere concretamente recepita dal destinatario e tradotta in azione²². Anche in questo caso, dunque, la mera espressione di opinioni di avversione verso le minoranze sessuali e i loro diritti, anche se accompagnata dall'invito ad una mobilitazione di ferma opposizione o di vivace protesta, non si tradurrà in un comportamento penalmente rilevante.

Inoltre, la delimitazione sul piano dell'elemento oggettivo è assicurata dall'**interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie in esame in ossequio al principio di offensività**, confermata dalla parsimoniosa applicazione giurisprudenziale dei reati previsti dalla Legge Reale-Mancino. Anche per tali fattispecie, infatti, varrà il criterio interpretativo basato sulla **concreta offensività e pericolosità della condotta per i beni giuridici tutelati**, cosicché non ogni discriminazione o istigazione sarà punibile, ma solo quelle che abbiano concretamente leso o messo

²⁰ Il timore di parte della dottrina è che novelle al Codice penale del tipo di quelle in esame introducano sanzioni penali per comportamenti che secondo il comune sentire sono percepiti come espressione di opinioni legittime. “*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*”. PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d'espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 7 s.

²¹ Relazione scritta in sede di audizione del 18.02.20202 avanti codesta Commissione da parte della Prof.ssa MARILISA D'AMICO.

²² “*Incriminare l'istigazione equivale a punire “pensieri fattivi che (...) si estrinsecano attraverso un quid pluris rispetto alla mera manifestazione di pensiero”*: come direbbe la giurisprudenza statunitense, *la condotta istigatrice fa presumere l'esistenza di un “clear or present danger” per altri beni costituzionalmente tutelati che il potere legislativo ha il diritto di prevenire attraverso la previsione di apposite fattispecie criminose*”. PAVICH G. e BONOMI A., *op. cit.*, p. 35.

in pericolo la dignità, l'onore, la reputazione o altri diritti fondamentali facenti capo alle persone discriminate²³.

A restringere ulteriormente il campo di applicazione concreta delle fattispecie in esame e a salvaguardare l'esercizio legittimo della libertà di espressione, interverranno poi istituti di carattere generale, come le **scriminanti**. A tal proposito verrà sicuramente valorizzata la scriminante del diritto di critica, che, analogamente a quanto accade in caso di diffamazione, verrà subordinata al criterio della continenza espressiva.

Conclusioni

Alla luce di quanto esposto si rileva che, fra le proposte esaminate, meriti particolare attenzione quella a firma dell'onorevole **Perantoni** dacché introduce, accanto alla nuova fattispecie di reato ed all'ampliamento del perimetro di operatività dell'aggravante, elementi idonei alla **prevenzione** di condotte criminose, come l'introduzione della **giornata contro l'omofobia, la bi-fobia e la trans-fobia**; contempla l'istituzionalizzazione di un **sistema di raccolta statistica dei dati** essenziale per evitare la sottostima del numero dei reati di matrice discriminatoria; prevede **l'ampliamento del ricorso al supporto dei centri anti-violenza**. In un meccanismo di particolare attenzione nei confronti della vittima, la proposta Perantoni la ammette **al patrocinio a carico dello Stato**, in deroga ai requisiti di legge, e le consente l'accesso al favore processuale previsto per le **condizioni di particolare vulnerabilità**.

Ritengo, in conclusione, che l'unica questione emendabile riguardo alla proposta di legge Perantoni sia **l'aggiunta, tra le fattispecie oggetto di tutela, di quella di "genere"**.



Stefano Chinotti
Presidente del Comitato pari opportunità
dell'Ordine degli Avvocati di Bergamo

Il parere è stato redatto con il contributo del dott. Stefano Ponti.

²³ V. sul punto PAVICH G. e BONOMI A., *op. cit.*, p. 24.