



CONTRASTO ALL'OMOLESBOBITRANSFOBIA, PROMOZIONE DELLA PARI DIGNITÀ E LIBERTÀ  
DI ESPRESSIONE NELLA PROSPETTIVA INTERNA E SOVRANAZIONALE\*

Angelo Schillaci

*Professore associato di diritto pubblico comparato*

*“Sapienza” Università di Roma*

[\(angelo.schillaci@uniroma1.it\)](mailto:angelo.schillaci@uniroma1.it)

SOMMARIO: 1. Premessa: un approccio integrato al contrasto alle discriminazioni e alla violenza di matrice omo-lesbo-bi-transfobica – 2. Le disposizioni penalistiche nel quadro costituzionale – 3. Rapporti con la libertà di manifestazione del pensiero – 3.1 La concreta offensività delle condotte – 3.2 La compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero – 3.3 L'individuazione del bene protetto: a) nella giurisprudenza costituzionale nazionale – 3.4 *Segue*: b) nella giurisprudenza europea – 3.5 *Hate speech* e libertà di espressione nella giurisprudenza europea: cenni – 4. Conclusioni.

*1. Premessa: un approccio integrato al contrasto alle discriminazioni e alla violenza di matrice omo-lesbo-bi-transfobica*

Le proposte di legge in discussione – se esaminate congiuntamente – si caratterizzano per un approccio integrato al contrasto alle discriminazioni e alla violenza verso le persone omosessuali, lesbiche, bisessuali e transgenere.

Esse, infatti, non si limitano – come per lo più avvenuto in passato – ad intervenire sulla repressione penale dell'istigazione al compimento e al compimento stesso di atti discriminatori e violenti (ovvero ad aggravare, per le medesime ragioni, la sanzione di autonome condotte delittuose): al contrario – come reso evidente ad esempio dalla proposta di legge n. 2171 (Perantoni e altri) – il legislatore sembra orientarsi anche verso l'adozione di specifiche azioni positive, rivolte soprattutto alla protezione e al supporto delle vittime di tali condotte.

---

\* Osservazioni svolte in sede di Audizione informale dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, il 26 maggio 2020, sulle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.



Un simile approccio integrato si pone in linea con la declinazione costituzionale del principio di eguaglianza, ed in particolare con la doppia dimensione – formale e materiale – della pari dignità sociale di cui all’articolo 3 della Costituzione nonché, in ultima analisi, con la stretta interconnessione che lega l’articolo 3 e l’articolo 2 della Costituzione.

In questa prospettiva, infatti, il legislatore non si limita a rimuovere una discriminazione ma agisce in termini positivi, creando le condizioni per un’effettiva protezione delle persone LGBT+ rispetto a comportamenti discriminatori e violenti, promuovendone la pari dignità sociale e, allo stesso tempo, riconoscendo l’orientamento sessuale e l’identità di genere quali aspetti della personalità meritevoli di riconoscimento giuridico, protezione e promozione ai sensi dell’articolo 2 della Costituzione.

In questo quadro, l’intervento sul codice penale – sebbene fondamentale per fare fronte all’obiettiva situazione emergenziale derivante dall’aumento di episodi di discriminazione e violenza fisica e verbale ai danni delle persone LGBT+ – rappresenta solo un tassello di una più comprensiva strategia di contrasto alle discriminazioni, così confermando il carattere necessariamente residuale dello strumento penalistico, in armonia con i principi costituzionali che orientano la discrezionalità del legislatore in materia e, in aggiunta, con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Quest’ultima ha infatti più volte chiarito che – nella materia del contrasto all’*hate speech*, alla discriminazione e alla violenza verso soggetti vulnerabili – per un verso la sanzione penale rappresenta una *ultima ratio* ma che, per altro verso, quanto i comportamenti violenti sono diretti verso l’integrità fisica o psicologica della persona «*only efficient criminal-law mechanisms can ensure adequate protection and serve as a deterrent factor*» e che, soprattutto, l’intervento penale è necessario quando si tratta di fare fronte a «*direct verbal assaults and physical threats motivated by discriminatory attitudes*»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così, da ultimo, Corte EDU, *Beizaras and Levickas c. Lituania*, 14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15, par. 111.



Il carattere integrato dell'intervento potrebbe essere peraltro ulteriormente arricchito, sul fronte della prevenzione, fornendo copertura legislativa ad alcune strategie e azioni già in essere: si pensi, solo per fare un esempio, alle specifiche iniziative adottate, in questo ambito, dall'UNAR, ed in particolare alla strategia LGBT+ del 2013. In assenza – a diritto vigente – di una specifica copertura legislativa di tale strategia (la quale non è specificamente contemplata dal d. lgs. n. 215/2003), la sua adozione è infatti attualmente rimessa alla “buona volontà” dell'Ufficio (e dell'autorità delegata alle pari opportunità) e, dunque, a criteri di carattere discrezionale e, a ben vedere, essenzialmente politico. Per converso, la previsione a livello legislativo – tra i compiti dell'UNAR – dell'adozione periodica di specifiche iniziative di prevenzione e contrasto alle discriminazioni e alla violenza di matrice omosessobitranfobica consentirebbe di rendere giuridicamente dovute tali tipologie di intervento, distendendole nel tempo e così articolando processi sociali e culturali che sono essenziali per rendere effettivo il contrasto delle discriminazioni.

## *2. Le disposizioni penalistiche nel quadro costituzionale*

Fatta questa premessa di carattere generale, si offrono all'attenzione alcune considerazioni relative alla coerenza delle disposizioni penalistiche con il quadro costituzionale.

Tutte le proposte di legge in discussione, a tale riguardo, intervengono sugli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale. Da un lato, l'intervento normativo mira ad integrare l'orientamento sessuale e l'identità di genere tra le ragioni che possono determinare le condotte – penalmente sanzionate dall'articolo 604-*bis* – di istigazione e di compimento di atti discriminatori e violenti, compresa la corrispondente fattispecie associativa.

Si segnala, fin da subito, che tale integrazione riguarda esclusivamente le condotte delittuose di istigazione e compimento di atti discriminatori e violenti e non già la diversa fattispecie di *propaganda*, che resterebbe circoscritta – stante la funzione disgiuntiva del



termine «ovvero» nella disposizione emendata (art. 604-*bis*, comma 1, lett. a) – alla sola propaganda di «idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico».

D’altro canto, l’intervento mira ad integrare l’orientamento sessuale e l’identità di genere nella previsione relativa all’aggravante speciale di cui all’articolo 604-*ter* del codice penale<sup>2</sup>.

Sul punto si segnala, anzitutto, l’opportunità di aggiungere all’orientamento sessuale e all’identità di genere un riferimento specifico al “genere” sia nell’articolo 604-*bis* che nell’articolo 604-*ter*.

Da un lato, infatti, una simile integrazione avrebbe il pregio di rendere l’intervento normativo comprensivo di tutti i profili dell’identità sessuale che possono essere oggetto di condotte discriminatorie e violente. D’altro canto, l’istanza di speciale protezione del genere – in relazione, in modo particolare, alla violenza contro le donne in quanto specificamente dovuta a ragioni di genere – deriva non soltanto dall’articolo 3 della Costituzione e dal diritto dell’Unione europea, ma è oggetto di specifici obblighi internazionali quali, su tutti, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (cd. Convenzione di Istanbul, resa esecutiva con la legge 27 giugno 2013, n. 77). Non solo, infatti, tale Convenzione individua nella violenza contro le donne una specifica «manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione», così riconoscendone la natura «strutturale» in quanto basata sul genere ed in particolare sulla subordinazione di genere<sup>3</sup>; allo stesso tempo, detta Convenzione reca, all’articolo 3, lettera c), una definizione di

---

<sup>2</sup> Resta ancora attuale, con riguardo alla necessità e alle caratteristiche dell’intervento in materia penale ai fini di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice omo-lesbo-bi-transfobica, il *Focus su Opportunità e limiti di un intervento penale in materia di omo-transfobia*, pubblicato su *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, fasc. n. 1/2015, con contributi di Pugiotto, Pelissero, Imarisio, Goisis, Caielli e Morassutto (<http://www.geniusreview.eu/2015/genius-2015-1/>).

<sup>3</sup> Cfr. rispettivamente i capoversi 9 e 10 del Preambolo.



genere – che è parte del diritto vigente e, dunque, ha piena rilevanza giuridica anche ai fini del presente intervento normativo – secondo cui «con il termine “genere” ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini».

Pertanto, integrare il genere nelle ragioni determinanti le condotte delittuose di cui all'articolo 604-*bis* e configuranti l'aggravante speciale di cui all'articolo 604-*ter* consentirebbe – una volta interpretata, come dovuto, in armonia con la richiamata Convenzione di Istanbul – di apprestare uno specifico strumento di repressione della violenza di genere e, dunque, di rafforzare anche sul piano penalistico il contrasto e il superamento della subordinazione di genere nel nostro ordinamento, in conformità al principio cd. *antisubordinazione* che, secondo la dottrina più avveduta, inverte il principio costituzionale di eguaglianza tra uomini e donne in questo ambito<sup>4</sup>.

### 3. Rapporti con la libertà di manifestazione del pensiero

Dal momento che le proposte di modifica dell'articolo 604-*bis* intervengono anche sulla condotta di istigazione prevista dal medesimo articolo, è necessario svolgere qualche considerazione sulla compatibilità di tale innovazione normativa con la libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'articolo 21 della Costituzione<sup>5</sup>.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale sui cd. reati di opinione<sup>6</sup> appare necessario indagare, più in particolare, i due profili della concreta offensività della condotta sanzionata e l'individuazione del bene protetto dalla norma, suscettibile di giustificare la

---

<sup>4</sup> Sul punto v. da ultimo B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in EAD. – A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 1 ss.

<sup>5</sup> Sulla quale vedi in generale, e per tutti, A. PACE – M. MANETTI, *Articolo 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 2006.

<sup>6</sup> Su cui v. A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse ad uno studio sui reati di opinione*, Milano, Giuffrè 1988.



repressione di una specifica manifestazione del pensiero o di una opinione capace di istigare alla discriminazione o alla violenza<sup>7</sup>.

### 3.1 *La concreta offensività delle condotte*

Sul primo punto – la concreta offensività – vale rilevare che, come già notato, l'intervento normativo non riguarda la fattispecie di *propaganda* pure disciplinata dall'articolo 604 *bis*, la quale resta circoscritta alle idee fondate sulla superiorità etnica o sull'odio razziale. Allo stesso tempo, la formulazione della disposizione penale in relazione alle altre due fattispecie sanzionate – istigazione al compimento e compimento di atti discriminatori e violenti – lega assai strettamente, già a livello testuale, l'istigazione e il compimento vero e proprio, contribuendo a configurare la condotta istigatoria penalmente rilevante – anche solo ad una sommaria lettura della norma – quale condotta idonea a determinare il concreto pericolo che, in conseguenza dell'istigazione, possano essere compiuti atti discriminatori o violenti.

La necessità di individuare una soglia di concreta offensività per i delitti di istigazione a delinquere o apologia di reato, peraltro, è ben presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella giurisprudenza ordinaria, che proprio nella concreta offensività della condotta istigatoria ha rinvenuto il discrimine tra limitazioni consentite e non consentite della libertà di manifestazione del pensiero e, di conseguenza, il criterio per valutare la legittimità costituzionale delle relative fattispecie di reato alla luce dell'articolo 21.

«La libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione», afferma ad esempio la Corte costituzionale nella sentenza n. 65/1970, «trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, *ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale* e nell'esigenza di prevenire e far cessare

---

<sup>7</sup> Sul punto v. ora, anche in prospettiva comparata, L. GOISIS, *Crimini d'odio: discriminazione e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019.



turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema» sicché non contrasta con la Costituzione l'apologia di delitti, in quanto con tale figura di reato non viene repressa «la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri *comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*» (enfasi aggiunta).

La soglia dell'offensività, pertanto, non viene attinta da condotte che implicano semplice manifestazione del pensiero, bensì soltanto da condotte idonee a determinare concrete situazioni di pericolo, con la conseguenza che tale idoneità deve risultare anche da un sufficiente tasso di determinatezza della fattispecie penale<sup>8</sup>.

Con specifico riguardo alle fattispecie penali introdotte dalla cd. legge Mancino (e oggi confluite negli articoli 604-*bis* e *ter* del codice penale), è pacifica nella giurisprudenza – sia con riguardo alla fattispecie autonoma di reato, sia con riguardo alla configurabilità della circostanza aggravante – la necessità che la condotta istigatoria sia idonea a determinare il pericolo concreto del verificarsi di atti discriminatori e violenti. Così ad esempio, con riguardo alla fattispecie autonoma di reato, Cass. pen., sez. I, 22 maggio 2015, n. 42727 afferma (in massima) che – sebbene si tratti di un reato di pericolo, il quale si perfeziona «indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari» – resta tuttavia necessario «valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto». A proposito della configurabilità della circostanza aggravante, si pensi analogamente, e tra le molte, a Cass. pen., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200 nella quale si legge (in massima) che «la circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso è configurabile non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio *e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto*

---

<sup>8</sup> Cfr. ad esempio la sentenza n. 108/1974, o ancora la n. 100/1966 relativa al delitto di eccitamento al dispregio delle istituzioni da parte del pubblico ufficiale.



*pericolo di comportamenti discriminatori*, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, a un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, non avendo rilievo la mozione soggettiva dell'agente» (enfasi aggiunta).

### 3.2 *La compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero*

Il secondo profilo che deve essere indagato attiene, come anticipato, ai limiti che la libertà di manifestazione del pensiero incontra «quando l'espressione del pensiero si attua mediante un'offesa a beni e diritti che meritano tutela»<sup>9</sup>. La configurazione di un simile limite alla libertà di manifestazione del pensiero dimostra – in linea generale e coerentemente con le esigenze del *sistema* costituzionale di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali – che non è possibile ragionare sull'effettiva portata di una libertà fondamentale se non si ha riguardo al modo in cui questa libertà si atteggia in relazione alle altre o, più in profondità, alla circostanza che i diritti e le libertà fondamentali riconosciute nella prima parte della Costituzione si alimentano dei principi fondamentali di cui agli articoli 2 e 3 – libertà, eguaglianza come pari dignità sociale, solidarietà – e, nelle loro concrete dinamiche applicative, ad essi sempre debbono essere riferiti. In altri termini, individuare in altri «beni e diritti che meritano tutela» nel quadro costituzionale di riferimento uno specifico limite alla libertà di manifestazione del pensiero significa consolidare la consapevolezza che i diritti e le libertà fondamentali non sono prerogativa di individui isolati, ma si esercitano e vengono tutelati avuto riguardo alla fitta rete di relazioni sociali in cui l'individuo è immerso. Così, la libertà di espressione non si esercita soltanto nello spazio intimo della coscienza, ma ben può (e in taluni casi non può non) proiettarsi in uno spazio pubblico ricco di relazioni e pertanto non può ledere, in quello spazio, la (pari) dignità e l'altrui diritto al rispetto, alla reputazione, all'onore.

Esiste, in questa prospettiva, un legame molto stretto tra libertà di espressione, pluralismo e qualità della democrazia, il quale però non può eludere – né escludere dal suo orizzonte

---

<sup>9</sup> Così la Corte costituzionale, nella sentenza n. 16/1973.





– il rilievo specifico della solidarietà e della corresponsabilità che rendono possibile la coesione sociale e, con essa, una buona qualità della vita democratica della comunità politica.

D'altro canto, già nella sentenza n. 87/1966, a proposito del delitto di propaganda sovversiva, la Corte aveva affermato che «il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione *posta a tutela del metodo democratico*» (enfasi aggiunta). Assai significativo, peraltro, che nella medesima decisione la Corte abbia invece dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, ritenendo effettivamente violata la libertà di manifestazione del pensiero: il bene protetto dalla norma penale, in quel caso, è infatti «soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità» e inoltre «la relativa propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni [...] né è rivolta a vilipendere la Nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti».

Ancora, nella sentenza n. 293/2000, la Corte ha curvato con molta chiarezza il limite del buon costume di cui all'articolo 21, ultimo comma, della Costituzione nel senso che esso è posto a presidio della dignità personale, così integrando la prospettiva tradizionale – espressa, ad esempio, nella sentenza n. 368/1992 – secondo cui il buon costume veniva interpretato come corrispondente al pudore sessuale (declinato tuttavia in prospettiva storica). In tale ottica, ad essere vietate sono – ad esempio – pubblicazioni che intacchino il contenuto minimo del concetto di buon costume e cioè «il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione», sicché in definitiva la libertà di manifestazione del pensiero è «concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana».

D'altro canto, già negli anni settanta la Corte aveva ritenuto che il delitto di diffamazione non potesse ritenersi lesivo della libertà di manifestazione del pensiero in quanto, da un lato, essa incontra «limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni



o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione» e, dall'altro, «tra codesti beni ed interessi, ed in particolare tra quelli inviolabili, in quanto essenzialmente connessi con la persona umana, è l'onore (comprensivo del decoro e della reputazione) che trova difesa nelle previsioni degli artt. 594 e 595 del codice penale»<sup>10</sup>.

Proprio a tale riguardo, può ricordarsi una recente e importante decisione del Tribunale di Torino – relativa proprio alla condanna per diffamazione di un soggetto che aveva pubblicamente manifestato espressioni gravemente lesive della dignità e dell'onore delle persone LGBT+ – nella quale si legge che, attraverso il delitto di diffamazione «non è [...] il pensiero ad essere giudicato, ma la sua offensività al bene giuridico protetto in sede penale», vale a dire il rispetto della reputazione e dell'onore, quali diritti della personalità di pari rango – per il tramite dell'articolo 2 della Costituzione – rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero e dunque suscettibili di configurare un limite alla medesima<sup>11</sup>.

Accanto alla reputazione, all'onore e alla salvaguardia del metodo democratico e della tranquillità pubblica, vi sono decisioni che bilanciano la libertà di manifestazione del pensiero, ad esempio, con le esigenze legate all'amministrazione della giustizia<sup>12</sup>. Ancora, nella sent. n. 123/1976 – relativa al delitto di aggio – la Corte ebbe a precisare che «la libertà di manifestazione del pensiero trova i suoi limiti non solo nella tutela del buon costume ma anche nella necessità di proteggere altri beni aventi rilievo costituzionale» e che, nel caso di specie «la tutela penale tende a che non sia compromesso, mediante una determinazione fraudolenta dei prezzi o delle quotazioni, l'interesse economico legato alla circolazione e allo scambio delle merci o dei valori; si tratta non tanto degli interessi dei singoli operatori economici, bensì dell'interesse

---

<sup>10</sup> Cfr. sent. n. 86/1974.

<sup>11</sup> Sent. 14 gennaio 2019, n. 5009: per un commento v. A. MADEO, *Sulla tutela penale della reputazione della collettività omosessuale*, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, fasc. 1/2019, pp. 100 ss. (<http://www.geniusreview.eu/2019/genius-2019-1/>).

<sup>12</sup> Cfr. le sentenze nn. 1 e 18 del 1981 in relazione, rispettivamente alla pubblicazione degli atti di un procedimento penale e al dovere di testimonianza per giornalista ed editore; nello stesso senso, più risalente ma seminale, sent. n. 18/1966.



pubblico a che i prezzi di mercato si formino per il naturale giuoco delle forze economiche o per il legittimo intervento delle pubbliche autorità, l'uno e l'altro non dolosamente falsati», così collegando il bene protetto alla previsione di cui all'articolo 41, commi 1 e 2, della Costituzione. Si pensi, ancora, alla giurisprudenza relativa ai delitti di vilipendio, e in particolare alla sentenza n. 20/1974, nella quale la limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero (insita, nella specie, nel delitto di vilipendio dell'ordine giudiziario) è giustificata dalla tutela del bene – costituzionalmente rilevante – del «prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate in vista dell'essenzialità dei compiti loro affidati».

### 3.3 *L'individuazione del bene protetto: a) nella giurisprudenza costituzionale nazionale*

Appare dunque a questo punto necessario svolgere qualche considerazione – ai fini di una completa disamina del rapporto tra le proposte di legge in discussione e la libertà di manifestazione del pensiero – sul bene protetto dall'intervento normativo «ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»<sup>13</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito ormai da tempo, in linea con una ancor più consolidata giurisprudenza di legittimità, che il «diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale» rientra a pieno titolo «nell'ambito dei diritti fondamentali della persona»<sup>14</sup>. Con riguardo all'orientamento sessuale, può invece ricordarsi la sentenza n. 138/2010 la quale – nel riconoscere che l'unione

---

<sup>13</sup> Così la già citata sentenza n. 20/1974 della Corte costituzionale.

<sup>14</sup> Così, in particolare, la sentenza n. 221/2015. Per un commento v. I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 2016, num. 1, pp. 175 ss. (<http://www.giurcost.org/studi/rivera2.pdf>); S. PATTI, *La Corte costituzionale e la "necessità" di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, fasc. 1/2016, pp. 105 ss. e E. COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 108 ss.



omosessuale va «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» – evidentemente presuppone che l’orientamento sessuale sia una dimensione della personalità non solo costituzionalmente rilevante, ma anche meritevole di riconoscimento e tutela giuridica, anche nella sua proiezione affettiva e relazionale<sup>15</sup>. Non pare possibile negare, pertanto, che anche solo alla luce della giurisprudenza richiamata l’orientamento sessuale e l’identità di genere integrino – quali aspetti della personalità protetti alla luce dell’articolo 2 della Costituzione – beni giuridici la cui tutela ben può legittimare la sanzione di manifestazioni del pensiero dirette ad istigare alla discriminazione e alla violenza in ragione di essi.

### 3.4 Segue: *b) nella giurisprudenza europea*

Riferimenti ancor più ricchi si rinvengono nel diritto europeo, sia nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione europea che nell’ambito del Consiglio d’Europa.

Quanto al diritto dell’Unione europea, si pensi – solo per fare due esempi – all’articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali, che inserisce l’orientamento sessuale tra le caratteristiche personali in ragione delle quali non è possibile operare discriminazioni tra individui; o ancora, alla Direttiva 2000/78/CE che, già vent’anni fa, intervenne ad articolare una politica antidiscriminatoria (anche) per le persone omosessuali con riferimento all’ambito lavorativo. Conformemente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia non mancano significativi arresti di carattere antidiscriminatorio<sup>16</sup> e non

---

<sup>15</sup> Per una ricostruzione – nell’ottica del riconoscimento – del dibattito relativo a questa sentenza, v. S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015 e, se si vuole, A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità Eguaglianza Diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, 2015, nonché A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione giustizia*, fasc. 2/2018, pp. 17 ss. (<http://questionegiustizia.it/rivista/2019-2.php>).

<sup>16</sup> Tra i molti, si pensi alla sentenza *Maruko* (CdG, 1 aprile 2008, in c. C-267/06), alla sentenza *Léger* (CdG, 29 aprile 2015, in c. C-528/13, su cui v. A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in *Quaderni di Sidiblog*, vol. 2/2015, pp. 157 ss.,



mancano, soprattutto, affermazioni di principio che definiscono l'orientamento sessuale elemento *fondamentale* o *essenziale* dell'identità, in particolare nella giurisprudenza relativa al riconoscimento del diritto alla protezione internazionale per persone perseguitate nei paesi di origine a causa dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere<sup>17</sup>.

Secondo una ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU, inoltre, orientamento sessuale e identità di genere costituiscono aspetti della personalità che rientrano nella sfera di applicazione dell'articolo 8 della Convenzione (relativo alla tutela della vita privata e familiare). Trattandosi di aspetti particolarmente intimi e sensibili, peraltro il margine di apprezzamento riservato agli stati membri è molto ristretto; e ancora, per le stesse ragioni, in caso di doglianza riguardante un trattamento discriminatorio, lo stato membro deve fornire «*very weighty reasons*» per giustificare il trattamento differenziato<sup>18</sup>. Con specifico riferimento all'identità di genere, inoltre, la Corte ha sostenuto non solo che essa rientra nella sfera privata protetta ai sensi dell'articolo 8 ma anche che il legame tra questa declinazione del diritto alla tutela della vita privata e l'autonomia personale implica, in questo caso, che la libertà di definire la propria identità sessuale rappresenta un *basic essential* del diritto all'autodeterminazione<sup>19</sup>.

Analogamente a quanto avvenuto in numerosi ordinamenti nazionali (anche extraeuropei, si pensi agli Stati Uniti), la giurisprudenza della Corte EDU non si limita peraltro a riconoscere nell'orientamento sessuale una sfera di libertà negativa – vale a dire un

---

<http://www.sidiblog.org/quaderni/>) o alla recentissima sentenza *Taormina* (CdG, 23 aprile 2020, *NH c. Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, in c. C-507/18), su cui pure si tornerà.

<sup>17</sup> V. ad esempio CdG, *X, Y e Z*, 7 novembre 2013, c. C-199 a 201/2012 e CdG, *F*, 25 gennaio 2018, c. C-473/2016, nonché CdG 2 dicembre 2014, *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13, su cui v. A. ROMANO, *Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI*, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, fasc. 2/2015, pp. 255 ss. (<http://www.geniusreview.eu/2015/genius-2015-2/>).

<sup>18</sup> Da ultimo, cfr. Corte EDU, *Beizaras and Levickas v. Lituania*, 14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15.

<sup>19</sup> Sul punto v. ad es. *A.P., Garçon and Nicot v. France*, 6 aprile 2017, par. 93, nonché – più di recente - *X c. FYRM*, 17 gennaio 2019, ric. n. 29683/16.



aspetto intimo della vita privata che deve essere lasciato libero da interferenze da parte dell'autorità<sup>20</sup> – ma ha progressivamente esteso gli orizzonti del riconoscimento. Così, paradigmaticamente nella sfera dell'identità di genere, si è affermato che il suo riconoscimento non può essere limitato alla libertà di sottoporsi ad un percorso medico di transizione, ma deve estendersi al pieno riconoscimento degli effetti giuridici della transizione stessa<sup>21</sup> così dando piena protezione alla «*personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings*»<sup>22</sup>. E ancora, per quel che riguarda l'orientamento sessuale, ad una prospettiva esclusivamente incentrata sulla libertà (negativa) si è aggiunto il riconoscimento positivo della proiezione affettiva e sociale dell'orientamento sessuale, sia in ambito familiare (con la progressiva affermazione del diritto alla tutela della vita familiare per le coppie *same-sex*<sup>23</sup>) sia in relazione alla promozione delle istanze LGBT+ nello spazio pubblico e al contrasto delle discriminazioni e del discorso d'odio<sup>24</sup>.

Vale sottolineare che questo processo di sviluppo nell'inquadramento giuridico delle questioni relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere resta tuttavia saldamente ancorato alla premessa della stretta attinenza di esse alla sfera più intima della personalità e dell'identità delle persone, e dunque anche alla loro dignità (la quale viene esplicitamente richiamata, proprio in relazione alla dimensione dell'autodeterminazione di genere, nella citata sentenza *Goodwin* ma anche nella successiva *Van Kück v. Germany*<sup>25</sup>).

Al centro rimane dunque la persona, ma di essa vengono progressivamente assunte – in quanto giuridicamente rilevanti – anche la dimensione relazionale, così come la presenza e la partecipazione alle dinamiche dello spazio pubblico: sicché il riconoscimento della

---

<sup>20</sup> Come avvenuto a partire da *Dudgeon v. UK*, 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76.

<sup>21</sup> A partire da *Goodwin v. UK*, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95.

<sup>22</sup> Cfr. *Goodwin*, cit., par. 90.

<sup>23</sup> Cfr. tra le molte, in questa prospettiva, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04 e *Oliari v. Italy*, 21 luglio 2015, ricc. nn. 18766/11 e 36030/11.

<sup>24</sup> Come nella richiamata sentenza *Beizaras and Levickas: sul punto v. amplius, infra*.

<sup>25</sup> Corte EDU, 12 giugno 2003, ric. n. 35968/97, par. 69.



dignità si apre, per un verso, alle relazioni e – per altro verso – alla dimensione sociale (e politica), così inverando l’eguaglianza in una prospettiva non dissimile da quella accolta nella nostra Costituzione, che non a caso la definisce, all’articolo 3 comma 1, «pari dignità sociale».

Assai significativo, in questo senso, un passaggio della richiamata sentenza *Van Kuck*, a mente del quale «*while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*»<sup>26</sup>.

Allo stesso modo, è interessante notare come tali dinamiche di riconoscimento si estendano progressivamente fino ad includere – da un lato – lo specifico rilievo della dimensione *giuridica* del riconoscimento (che, ad esempio nel caso della vita familiare, conferirebbe alle coppie – come si legge in *Oliari*, al par. 174 – un «senso di legittimità» idoneo a consolidare la presenza civile e pubblica delle persone omosessuali) e – d’altro canto – la necessità di ostacolare e reprimere ogni episodio di omolesbobitansfobia istituzionale. Così ad esempio, nel richiamato caso *Beizaras and Levickas*, la Corte EDU ha ravvisato un pregiudizio omofobico nel diniego di giustizia sofferto dai ricorrenti, cui non è stata data protezione – dalle locali autorità – a fronte di gravissime offese e minacce da loro ricevute (anche in rete) in ragione del loro orientamento sessuale: come afferma la Corte al par. 129 della decisione – lasciando peraltro intravedere un significativo parallelismo tra la diffusione di pregiudizi omolesbobitansfobici nella società e nelle istituzioni – «*the hateful comments including undisguised calls for violence by private individuals directed against the applicants and the homosexual community in general were instigated by a bigoted attitude towards that community and, secondly, that the very same discriminatory state of mind was at the core of the failure on the part of the relevant*

---

<sup>26</sup> Par. 70; analogamente cfr. Corte EDU, *Schlumpf c. Suisse*, 8 gennaio 2009, ric. n. 29002/06.



*public authorities to discharge their positive obligation to investigate in an effective manner whether those comments regarding the applicants' sexual orientation constituted incitement to hatred and violence, which confirmed that by downgrading the danger of such comments the authorities at least tolerated such comments» (enfasi aggiunta).*

### 3.5 Hate speech e libertà di espressione nella giurisprudenza europea: cenni

Anche sul bilanciamento tra contrasto alle discriminazioni, repressione dei crimini d'odio e libertà di espressione, la giurisprudenza europea offre significative indicazioni. Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE si pensi, da ultimo, alla sentenza nel caso “*Taormina*”<sup>27</sup>, nella quale si afferma chiaramente che la libertà di espressione non può vanificare gli obiettivi della direttiva 2000/78/CE in materia di contrasto alle discriminazioni legate a orientamento sessuale e identità di genere sul luogo di lavoro, sicché «l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione non va oltre quanto è necessario per realizzare gli obiettivi di tale direttiva, vietando unicamente le dichiarazioni che costituiscono una discriminazione in materia di occupazione e di lavoro» (par. 52).

Nella giurisprudenza della Corte EDU, il riferimento va, anzitutto, alla sentenza *Vejdeland c. Svezia*<sup>28</sup>, relativa al ricorso di un soggetto condannato dalla Suprema Corte svedese per aver diffuso volantini contenenti espressioni violente e discriminatorie nei confronti delle persone omosessuali. La Corte EDU non ha ravvisato la lamentata violazione della libertà di espressione (protetta dall'articolo 10 della Convenzione), ritenendo la condanna giustificata alla luce del fatto che, in una società democratica, il riconoscimento di diritti (quale, appunto, la libertà di espressione) non può andar disgiunto dall'esercizio di doveri, tra cui rientra senza dubbio quello di “*avoid statements*

---

<sup>27</sup> Si tratta della richiamata CdG, 23 aprile 2020, *NH c. Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, in c. C-507/18.

<sup>28</sup> Corte EDU, 9 febbraio 2012, ric. n. 1813/07.





*that are unwarrantably offensive to others, constituting an assault on their rights”* (par. 57).

Più recentemente, nella sentenza *Bayev v. Russia*<sup>29</sup> la Corte EDU ha piuttosto ravvisato una violazione degli articoli 10 (libertà di espressione) e 14 (principio di non discriminazione) della Convenzione nell’adozione, in Russia, di leggi recanti il divieto di esprimere in pubblico e in presenza di minori il proprio orientamento sessuale e di sostenerne la pari dignità. La Corte ha in particolare escluso che un simile divieto potesse essere giustificato dalla protezione della morale maggioritaria<sup>30</sup>, né dalla protezione della salute, né dalla protezione dei diritti dei minori i quali, anzi, possono trarre beneficio dall’essere esposti a messaggi di tolleranza e apertura a diversi stili di vita<sup>31</sup>.

#### 4. Conclusioni

Emerge dunque con sufficiente chiarezza, dalle considerazioni sin qui svolte, che l’intervento normativo in discussione si pone in armonia con i principi costituzionali e con le consolidate acquisizioni della giurisprudenza sovranazionale.

In particolare, il carattere integrato dell’approccio alla prevenzione e al contrasto delle discriminazioni e della violenza di matrice omo-lesbo-bi-transfobica costituisce attuazione del principio di pari dignità sociale nella sua dimensione formale e materiale.

---

<sup>29</sup> Corte EDU, 20 giugno 2017, ric. n. 67667/09.

<sup>30</sup> Giacché “it would be incompatible with the underlying values of the Convention if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority [...] were this so, a minority group’s rights to freedom of religion, expression and assembly would become merely theoretical rather than practical and effective as required by the Convention” (par. 70).

<sup>31</sup> Così, testualmente, la Corte: “to the extent that the minors who witnessed the applicants’ campaign were exposed to the ideas of diversity, equality and tolerance, the adoption of these views could only be conducive to social cohesion. The Court recognises that the protection of children from homophobia gives practical expression to the Committee of Ministers’ Recommendation Rec(2010)5 which encourages “safeguarding the right of children and youth to education in safe environment, free from violence, bullying, social exclusion or other forms of discriminatory and degrading treatment related to sexual orientation or gender identity” (see paragraph 31 of the Recommendation) as well as “providing objective information with respect to sexual orientation and gender identity, for instance in school curricula and educational materials” (see paragraph 32 of the Recommendation)” (par. 82).



Allo stesso tempo, di tale principio viene valorizzato il legame con i diritti fondamentali di cui all'articolo 2 della Costituzione consentendo, in definitiva, di recuperare «il collegamento coi soggetti titolari della situazione giuridica soggettiva (diritto) alla eguaglianza»<sup>32</sup>.

In questa prospettiva, l'analisi sin qui condotta ha peraltro mostrato – con specifico riferimento all'intervento in materia penale – che è possibile sdrammatizzare il profilo di un eventuale contrasto di esso con la libertà di manifestazione del pensiero. E ciò, tanto per ciò che riguarda la definizione della condotta – e cioè, in particolare, la concreta offensività dell'istigazione – quanto per ciò che riguarda la possibilità di individuare un bene costituzionalmente rilevante e suscettibile di giustificare una limitazione della libertà di espressione: in altri termini, non ogni opinione è oggetto della norma penale, ma solo l'opinione istigatoria che – determinando un concreto pericolo di compimento di atti discriminatori o violenti – leda l'identità personale altrui, in relazione al genere, all'orientamento sessuale o all'identità di genere.

L'obiettivo delle disposizioni in argomento, dunque, non è quello di regolare la circolazione delle idee nello spazio pubblico, bensì di proteggere la dignità delle persone, in relazione ad aspetti della loro identità che – per ragioni sociali, culturali e politiche – assumono tratti di peculiare vulnerabilità e che, anche al di là di ciò, sono ritenute meritevoli di riconoscimento e tutela.

In questa prospettiva, tanto l'intervento penalistico quanto l'articolazione di azioni positive finalizzate alla prevenzione e al contrasto aggiungono un significativo tassello all'allargamento dei confini della soggettività rilevante dal punto di vista giuridico e costituzionale. In altri termini, orientamento sessuale e identità di genere assurgono ad aspetti della personalità che l'ordinamento assume come rilevanti e degni di protezione, con un conseguente significativo arricchimento della stessa immagine della persona

---

<sup>32</sup> Così, in pagine classiche, G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. II, 1087 ss., 1095.



costituzionalmente rilevante, del suo riconoscimento e della promozione della pari dignità sociale e dei diritti inviolabili (artt. 2 e 3 Cost.)<sup>33</sup>.

Il percorso verso il pieno riconoscimento giuridico delle soggettività LGBT+ e delle loro istanze, che ha conosciuto un significativo avanzamento – nell’ambito della tutela della vita familiare – con la legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) potrebbe dunque ulteriormente avanzare in conseguenza dell’approvazione, in testo unificato, delle proposte di legge in discussione. Il rilevato carattere integrato dell’intervento normativo, peraltro, rende evidente che la stessa tutela penale dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere, ove unita ad opportune azioni positive rivolte alla prevenzione e al contrasto delle discriminazioni e delle violenze e, in definitiva, alla piena inclusione delle persone LGBT+ nella comunità politica – lungi dal ridurre queste soggettività al solo profilo della loro specifica vulnerabilità – avrebbe il pregio di arricchire la qualificazione giuridica di tali profili della personalità e di fondarne (e rafforzarne) la pari dignità sociale.

---

<sup>33</sup> Per ulteriori riflessioni sul punto, in prospettiva generale, sia consentito il rinvio ad A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018.