

Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere.

18-2-2020

Marilisa D'Amico

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e Prorettrice dell'Università degli studi di Milano.

SOMMARIO: 1. Premessa: dall'aggravante all'introduzione di un'autonoma ipotesi di reato. - 2. Sull'opportunità dell'intervento legislativo: i dati della "Mappa dell'Intolleranza" di Vox-Diritti. - 3. Analisi critica delle proposte di legge. - 3.1. *I "motivi" di discriminazione oggetto dell'estensione della fattispecie delittuosa.* - 3.2. *Le condotte punibili per motivi fondati sull'omofobia, sull'identità di genere e sulla discriminazione di genere.* 3.3. *Il trattamento sanzionatorio: le criticità dell'inasprimento.* - 3.4. *Il ruolo chiave della prevenzione e della sensibilizzazione.* - 4. La giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. - 4.1. *La giurisprudenza costituzionale in tema di identità di genere.* - 4.2. *Corte EDU e identità di genere.* - 5. Considerazioni sul ricorso alla sanzione penale e sui rilevanti principi costituzionali della materia penale. - 6. Osservazioni conclusive: la Costituzione può legittimare l'odio?

1. Premessa: dall'aggravante all'introduzione di un'autonoma ipotesi di reato

Le cinque proposte di legge oggi in discussione davanti alla Commissione Giustizia¹ sono volte a contrastare la diffusione dell'omofobia, nonché dell'odio fondato sulla discriminazione di genere o sull'identità di genere.

Come noto, si tratta di un tema non nuovo a questa Camera che, nelle scorse legislature, ha esaminato diverse proposte di legge volte a contrastare l'omofobia secondo due approcci differenti: alcune volevano introdurre una specifica circostanza aggravante all'art. 61 c.p.²; altre invece miravano ad aggiungere l'omofobia nell'ambito dell'autonoma ipotesi di reato di "istigazione a compiere atti di discriminazione o violenza" prevista dalla legge Mancino-Reale³, l. n. 205 del 1993 "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa".

Tutte le proposte attualmente all'esame della Commissione fanno proprio questo secondo approccio, estendendo ai casi di omofobia l'applicabilità del reato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica religiosa", di cui all'art. 604 *bis* c.p. e della relativa aggravante, di cui all'art. 604 *ter* c.p.

Ci tengo a precisare sin da subito che, nel 2011, ero stata chiamata in audizione presso questa stessa Camera durante l'esame della proposta di testo unificato redatta dall'On. Concia, a partire dalle proposte dell'On. Di Pietro e dell'On. Soro⁴. In quella sede avevo sostenuto che la scelta fatta propria dalla proposta dell'On. Concia di procedere all'introduzione di una specifica

¹ A. C. n. 2171 del 14 ottobre 2019, Perantoni e altri; A. C. n. 2255 del 4 novembre 2019, Bartolozzi e altri; A. C. n. 868 del 4 luglio 2018, Scalfarotto e altri; A.C. n. 569 del 2 maggio 2018 Zan e altri; A. C. n. 107 del 23 marzo 2018, Boldrini e Speranza.

² A. C. n. 1658-1882 approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 2 ottobre 2009, On. Concia.

³ A. C. nn. 2802 e 2807 del 14 ottobre 2009, On. Soro e On. Di Pietro.

⁴ Il Testo unificato è stato respinto dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 26 maggio 2011.

circostanza aggravante all'art. 61 c.p., *“anziché un reato autonomo, quale è quello di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (cfr. la proposta di legge C. 2807 Di Pietro), pare del tutto appropriata su di un piano costituzionale, perché rimuove in radice il rischio di scivolare sul delicato terreno dei reati di opinione e, dunque, di introdurre nell'ordinamento illegittime violazioni della libertà di manifestazione del pensiero”*⁵.

Tuttavia, è necessario ricordare che il quadro normativo in materia è oggi mutato e che tale circostanza deve necessariamente essere tenuta in considerazione nella valutazione dell'introduzione dell'autonoma ipotesi di reato, come proposta dai progetti di legge in esame. I progetti di legge in discussione, infatti, intervengono sulle ipotesi di reato di cui agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* codificate, ad opera del D.lgs. n. 21 del 2018 per esigenze di riordino della materia penale, nella nuova sezione I-*bis* (Capo III titolo XII libro II) del Codice penale rubricata “Dei delitti contro l'eguaglianza”.

Il bene giuridico protetto, dunque, non è più - come nel caso dei reati di opinione codificati nel titolo “Dei delitti contro la personalità di Stato” - quello dell'ordine pubblico, ma è l'uguaglianza e la dignità della persona.

Una simile precisazione è tutt'altro che meramente terminologica. Infatti, l'identificazione esplicita da parte del codice penale del bene giuridico protetto, quello dell'eguaglianza, consente di individuare il fondamento costituzionale degli artt. 604 *bis* e *ter* c.p. negli artt. 2 e 3 della Costituzione che possono, nei doverosi limiti che si chiariranno, rappresentare un argine alla libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost.

Proprio alla luce del mutato quadro normativo ritengo appropriata la scelta operata dai progetti di legge di intervenire sull'autonoma ipotesi di reato di cui agli artt. 604 *bis* e *ter* del codice penale.

Anzi, proprio la codificazione di questi ultimi tra i “delitti contro l'eguaglianza” rende ancora più appropriata l'intenzione di colmare il vuoto normativo, estendendo la protezione non solo nei confronti delle condotte motivate dall'odio etnico-razziale, religioso o da sentimenti negazionisti⁶, ma anche dall'odio fondato su altri motivi di discriminazione, come l'orientamento sessuale e il genere.

Come si dirà, infatti, l'esclusiva protezione dai crimini fondati sull'odio etnico-razziale e religioso non è giustificata oggi nemmeno dai dati, ampiamente richiamati dalle relazioni alle proposte di legge, che dimostrano un'allarmante diffusione di atti a stampo sessista ed omofobico (cfr. par. 2).

Sempre nel quadro delle ragioni che militano in favore del rafforzamento delle tutele in favore delle persone omosessuali e transessuali sarà necessario analizzare i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali in più occasioni hanno posto l'accento sull'opportunità che anche l'orientamento sessuale e l'identità di genere siano ricompresi nel novero dei fattori di discriminazione (par. 4).

Infine si rende doverosa una riflessione sull'opportunità e sui limiti del ricorso allo strumento penale in un campo, come quello su cui intervengono le proposte di legge, in cui è più che mai necessario operare un corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, primi fra tutti la libertà di manifestazione del pensiero e l'eguale dignità delle persone (par. 5).

2. Sull'opportunità dell'intervento normativo: i dati della “Mappa dell'Intolleranza” di Vox-Diritti

⁵ M. D'Amico, Audizione presso la Camera dei Deputati, Commissione Giustizia sulla proposta di testo unificato dell'On. Concia, Mercoledì 26 gennaio 2011 cfr. <https://leg16.camera.it/126?pd1=2802&leg=16&tab=4&sede=ac>.

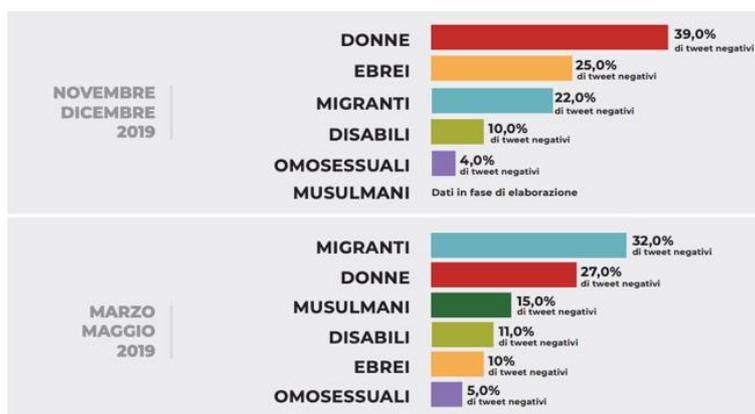
⁶ Il riferimento al negazionismo è stato introdotto dalla l. n. 115 del 2016 “Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

Il vuoto normativo in materia di contrasto all’omofobia e al sessismo non sembra giustificabile alla luce del contesto di fatto, drammaticamente caratterizzato da una galoppante diffusione di odio omofobico e sessista, soprattutto sul *web* e sui *social network*.

Le proposte di legge richiamano diverse statistiche e rapporti per evidenziare la necessità dell’intervento normativo, pubblicati da istituzioni e da organizzazioni non governative.

In questa sede vorrei ricordare in particolare i dati, messi in luce anche dalla relazione della proposta di legge “Boldrini”, della “Mappa dell’Intolleranza”, un progetto promosso da Vox-Diritti, associazione di cui sono fondatrice, volto a mappare la diffusione delle parole d’odio nei confronti di diverse categorie di soggetti discriminati su *twitter*⁷.

Ebbene l’analisi mostra come solo a partire dal 2018 l’odio razziale e, a partire dal 2019, l’odio antisemita – fattori attualmente protetti dall’art. 604 *bis* e *ter* - abbiano subito un aumento esponenziale dovuto all’inasprimento del dibattito politico.



Diversamente, sin dall’avvio del progetto nel 2015, l’odio contro le donne e contro gli omosessuali ha rappresentato una costante emersa, seppur con “picchi” più o meno alti, in tutte le edizioni del progetto. Tale circostanza è dovuta al fatto che le discriminazioni di genere e per orientamento sessuale sono quelle maggiormente radicate nella nostra cultura e che forse più caratterizzano il nostro linguaggio quotidiano, ancora oggi fondato su pregiudizi e stereotipi.

Le donne hanno rappresentato, con oltre un milione di *tweet* sessisti estratti nel 2015, la categoria più colpita dall’odio on line, seguita dagli omosessuali in seconda o terza posizione nei diversi anni.



⁷ Il progetto è oggi alla sua quinta edizione. I risultati sono pubblicati sul sito dell’associazione Vox-Diritti <http://www.voxdiritti.it/>.

Ma, a prescindere dai numeri, quello che in questa sede preme sottolineare è che, mentre l'odio razziale sembra prevalentemente essere scatenato da prese di posizioni e esternazioni politiche che hanno contraddistinto il dibattito pubblico, l'odio sessista e l'odio omofobico sembrano collegati ad avvenimenti di fatti di cronaca concernenti crimini d'odio a stampo sessista e omofobico.



Inoltre è necessario considerare che, sempre più, i fattori di discriminazione si intersecano anche nel linguaggio rischiando di determinare casi di doppia e multipla discriminazione. Si pensi alla Senatrice Liliana Segre, colpita dal fenomeno in modo particolarmente grave, perché donna e perché ebrea.

I dati appena brevemente riportati dovrebbero indurci a sostenere l'opportunità di un intervento normativo in materia volto a contrastare non solo la diffusione dell'odio razziale, ma anche la diffusione di altre forme di discriminazione.

Da questo punto di vista è necessario tenere presente che fortunatamente non tutte le espressioni prese in considerazione dalla “Mappa dell’Intolleranza” sono idonee ad integrare le ipotesi del reato di “istigazione” come previsto dal reato di cui all’art. 604 ter del codice penale.

La maggior parte di esse sono infatti parole o frasi che rievocano spregevoli discriminazioni o meschini stereotipi ma che in relazione alle quali non è sempre dimostrabile la connessione con veri e propri atti discriminatori o violenti.

Per contrastare realmente l'omofobia e il sessismo bisogna partire dalla consapevolezza che questi non si manifestano solo in forme violente, ma si palesano in modo sottile e subdolo mediante la pubblicazione di messaggi di dubbio gusto, che comunque – è bene precisarlo – contribuiscono a creare un clima culturale “ostile” all’eguaglianza.

Ciò significa che il ricorso allo strumento penale deve necessariamente essere accompagnato da misure di prevenzione e politiche di inclusione, come si propongono alcune delle proposte di legge in analisi (Proposta On. Boldrini, Proposta On. Perantoni)⁸, idonee ad agire sul tessuto culturale e sociale.

Basti ricordare che, subito dopo l’approvazione della legge Cirinnà, i dati della “Mappa dell’Intolleranza” hanno evidenziato un netto calo dell’omofobia su *twitter*, a dimostrazione che le leggi che mirano all’eguaglianza dei diritti costituiscono anch’esse un efficace argine contro l’odio.

⁸ Ci si riferisce alle proposte A. C. n. 2171 del 14 ottobre 2019 Perantoni e altri e A. C. n. 107 del 23 marzo 2018 Boldrini e Speranza.

3. **Analisi critica delle proposte di legge**

Le proposte all'esame della Commissione di Giustizia della Camera dei Deputati mirano ad introdurre nel nostro ordinamento, seppur con modalità differenti, autonome ipotesi di reato volte a sanzionare le condotte di omofobia e transfobia o motivate da altre discriminazioni connesse al genere o all'identità sessuale della persona.

In particolare, quattro delle proposte in esame, presentate dagli On. Perantoni, Bartolozzi, Scalfarotto e Zan⁹, estendono le ipotesi delittuose previste agli artt. 604 *bis* "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa" e 604 *ter* "Circostanza aggravante" anche alle condotte motivate da omofobia o discriminazioni fondate sul genere o sull'identità di genere.

Diversamente, la proposta di legge "Boldrini" è l'unica, tra le proposte oggi in discussione, ad intervenire direttamente sul testo della legge c.d. Mancino – Reale e non sui reati di cui agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* del Codice Penale. Tale circostanza è dovuta al fatto che la proposta è stata presentata poco prima dell'entrata in vigore, il 6 aprile 2018, del D.lgs. n. 21 del 2018 che, come già precisato, ha codificato le fattispecie di cui alla legge Mancino-Reale agli artt. 604 *bis* e *ter* del codice penale.

Dal punto di vista meramente formale è scontato sottolineare che, per ragioni di razionalità e coerenza del sistema, è preferibile intervenire direttamente sul testo degli artt. 604 *bis* e *ter* del codice penale, recentemente introdotti.

Dal punto di vista sostanziale, invece, le previsioni proposte meritano di essere analizzate tenendo distinti alcuni aspetti che mettono in luce criticità e profili virtuosi dei diversi progetti di legge.

In particolare, ci si intende concentrare sui seguenti aspetti disciplinati in modo diverso dai cinque progetti di legge: 3.1.) I "motivi di discriminazione oggetto dell'estensione della fattispecie delittuosa; 3.2) le condotte punibili; 3.3) il trattamento sanzionatorio; 3.4) le misure di prevenzione dell'omofobia e delle discriminazioni fondate sull'identità di genere.

3.1. *I "motivi" di discriminazione oggetto dell'estensione della fattispecie delittuosa*

Come anticipato, le proposte di legge mirano ad estendere le fattispecie delittuose di cui agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* del codice penale (già previste dalla legge Mancino-Reale) a condotte motivate non solo dall'odio etnico e razziale, ma anche da altri "motivi", definiti in modi differenti dalle singole proposte di legge.

In particolare, le proposte di legge a firma dell'On. Perantoni e dell'On. Zan intendono estendere l'ipotesi di reato anche alle condotte mosse da motivi fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere; la proposta Scalfarotto fa riferimento invece a motivi fondati sull'omofobia e sulla transfobia; ancora la proposta degli On. Boldrini e Speranza condanna le condotte mosse da motivi fondati sull'identità sessuale della vittima. Seppur caratterizzate da una terminologia differente, queste ultime proposte sono unite dal medesimo scopo: contrastare atti di violenza e discriminazione fondati sull'orientamento o sull'identità sessuale della vittima.

Diversamente, la proposta dell'On. Bartolozzi si limita ad aggiungere ai motivi di cui agli artt. 604 *bis* e *ter* del Codice penale "i motivi di genere", rischiando di limitare l'ambito di applicazione della proposta a soli reati a sfondo sessista.

Da questo punto di vista ritengo utile evidenziare che, qualora la Commissione voglia procedere alla redazione di un testo unico, sia doveroso, alla luce della diffusione allarmante tanto dell'omofobia quanto del sessismo - fattori che peraltro spesso si intersecano generando casi di

⁹ A. C. n. 2171 del 14 ottobre 2019 Perantoni e altri; A. C. n. 2255 del 4 novembre 2019 Bartolozzi e altri; A. C. n. 868 del 4 luglio 2018 Scalfarotto e altri; A.C. n. 569 del 2 maggio 2018 Zan e altri.

doppia discriminazione - far riferimento esplicito e contestuale a tutti e tre i motivi di discriminazione presi in considerazione dalle singole proposte di legge, ovvero: motivi fondati sull'omofobia; motivi fondati sull'identità di genere e motivi fondati sulla discriminazione di genere.

Sempre in relazione ai motivi di discriminazione penso sia da accogliere con favore la scelta operata dal disegno di legge a firma dell'On. Boldrini di specificare all'articolo 1 le "definizioni relative all'identità sessuale". In particolare, la norma elenca le definizioni di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale".

Tutte le altre proposte, invece, non definiscono i concetti di identità sessuale o di identità di genere, ritenendo, come evidenziato dal dossier allegato alla proposta n. 565 a firma dell'On. Zan, che "si tratta di concetti che ricorrono spesso nella nostra legislazione senza essere definiti".

Tuttavia, è necessario considerare che la previsione di un quadro definitorio, volto a chiarire gli elementi delle condotte punibili nell'ambito delle nuove ipotesi di reato, potrebbe mettere definitivamente al riparo le proposte di legge in esame da possibili denunce di violazione del principio costituzionale di determinatezza della fattispecie penale; problematica che peraltro era già stata sollevata nelle scorse legislature costituendo un ostacolo all'approvazione definitiva.

3.2. *Le condotte punibili per motivi fondati sull'omofobia, sull'identità di genere e sulla discriminazione di genere*

A) Dalla "propaganda" alla "diffusione di idee", dall' "istigazione" all' "incitamento": le criticità della proposta "Boldrini"

Riguardo alle condotte punibili merita di essere analizzata con attenzione la proposta di legge "Boldrini", la quale interviene sul delitto "di apologia e istigazione alla discriminazione" di cui all'art. 3 della Legge Mancino-Reale non solo con lo scopo di estendere l'applicabilità della fattispecie di reato e della relativa aggravante ai casi di omofobia o motivati dall'identità sessuale della vittima, ma modificando anche le condotte punibili.

Infatti la proposta sostituisce il verbo "propagandare" con il verbo "diffondere in qualsiasi modo", nonché il verbo "istigare" con il verbo "incitare", mirando dunque a punire: a) "chiunque diffonde, in qualsiasi modo, idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico"; c) chi "incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o motivati dall'identità sessuale della vittima" d) "chiunque, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o motivati dall'identità sessuale della vittima".

Occorre mettere in rilievo prima di tutto che questa scelta ripristina la terminologia vigente nella l. n. 654 del 1975, c.d. Legge Mancino, prima che venisse modificata dalla l. n. 85 del 2006, nota per aver introdotto nell'ordinamento la tanto invocata riforma dei reati di opinione. Dai lavori preparatori della legge n. 85 del 2006, si desume che lo spirito di dette modifiche era di ridurre l'area penalmente rilevante¹⁰.

È evidente che l'intento ripristinatorio della proposta "Boldrini" non veicola allora una mera modifica terminologica, ma che essa ha delle conseguenze di rilievo sulla portata della norma, ampliando notevolmente lo spettro delle condotte punibili.

In primo luogo, le modifiche proposte - sostituendo il termine "propaganda" - mirano a punire la mera diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico,

¹⁰ G. PAVICH e. A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 11.

indipendentemente dagli effetti che questa può avere sul pubblico dei destinatari e a prescindere da qualsivoglia connessione tra la diffusione di idee e la messa in atto di atti discriminatori. La “diffusione di idee in qualsiasi modo” potrebbe riferirsi ad un ampio e vago ventaglio di condotte fondate sull’odio razziale e etnico, ricomprendendo singoli post “di dubbio gusto” pubblicati su profili *social* privati, come la costituzione di vere e proprie pagine o gruppi virtuali inneggianti alla violenza.

Al contrario, il riferimento alla propaganda assicura che le condotte punibili siano quelle che, secondo l’interpretazione della Corte di cassazione, sono caratterizzate “*non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori*”¹¹. La vaghezza della disposizione e la molteplicità delle diverse condotte punibili non può che porsi in difficile equilibrio, come meglio dirò in seguito (par. 5), con i principi di determinatezza della fattispecie penale e il principio di offensività, non garantendo allo stesso tempo un corretto ed equilibrato bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, pregiudicando forse eccessivamente la libertà di espressione di cui all’art. 21 Cost.

Più sottile è la differenza tra “istigazione” e “incitamento”. Anche in questo caso la proposta “Boldrini”, sostituendo il termine “istigazione” con “incitamento”, sembra andare nel senso dell’ampliamento delle condotte punibili. Infatti, l’istigazione è definita esplicitamente all’art. 414 del codice penale secondo cui “chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito per il solo fatto dell’istigazione”. Diversamente l’incitamento non trova, se non con l’eccezione della versione della legge Mancino prima della ricordata riforma operata con la l. n. 85 del 2006, una base normativa certa all’interno del codice penale e, pertanto, potrebbe ricomprendere diverse condotte che non necessariamente presentano gli elementi dell’istigazione come “*la concreta capacità della condotta a determinare altri soggetti specifici a compiere azioni discriminatorie o violente*”¹². Si ripropongono, anche da quest’ultimo punto di vista, le criticità appena evidenziate in relazione al principio di determinatezza della fattispecie penale, il quale non ammette l’introduzione di ipotesi di reato fumose, senza un chiaro fondamento legislativo.

Ci tengo tuttavia a chiarire che comprendo bene le ragioni che hanno mosso gli On. Boldrini e Speranza nell’elaborazione delle proposte appena analizzate. Infatti, sono ben conscia del pericolo prodotto da messaggi stereotipati e intolleranti che, pur non costituendo vere e proprie condotte di istigazione e propaganda, rappresentano un veicolo di odio invadendo il *web* e i *social network*. Ribadisco, tuttavia, che per contrastare la diffusione di tali fenomeni che non integrano le fattispecie delittuose di “istigazione” o “propaganda” sia preferibile il ricorso a misure di carattere preventivo, limitando l’intervento dello strumento penale quale *extrema ratio*, come imposto dalla nostra Costituzione.

B) *La scelta ponderata delle proposte “Zan”, “Scalfarotto”, “Perantoni” e “Bartolozzi”*

Tutte le proposte di legge, ad eccezione della proposta “Boldrini”, non modificano le condotte punibili, limitandosi ad estendere le fattispecie così come oggi previste agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* del codice penale anche a motivi diversi da quelli razziali ed etnici.

In particolare, è necessario chiarire che tutte le proposte aggiungono il riferimento ai motivi fondati sull’orientamento sessuale e di genere solo in riferimento alle ipotesi di: a) istigazione o commissione di atti di discriminazione; b) istigazione o commissione di atti di violenza; c) la partecipazione a organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza.

¹¹ Cass. pen. Sez. III Sent., 23/06/2015, n. 36906.

¹² Cass. pen. Sez. I, Sent., 22/05/2015, n. 42727.

Nessuna delle proposte in esame interviene sulla condotta della “propaganda” che rimane punibile solo in relazione alla diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico.

La scelta di non incidere sulle condotte punibili, mantenendo inalterate le condotte di “propaganda” e “istigazione” è certamente quella da perseguire poiché idonea ad assicurare il corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, la libertà di espressione e il principio di eguaglianza, soddisfacendo allo stesso tempo il principio di determinatezza della fattispecie penale.

3.3. *Il trattamento sanzionatorio: le criticità dell'inasprimento*

Riguardo al trattamento sanzionatorio merita nuovamente di essere valutata con attenzione la proposta di legge “Boldrini”, la quale presenta alcuni profili problematici. La proposta in questione è infatti l'unica che inasprisce il trattamento sanzionatorio. L'art. 2, pur non modificando i limiti edittali, della pena prevista per l'istigazione o la commissione di atti di discriminazione e violenza, elimina la previsione della multa quale pena alternativa, mantenendo la sola pena della reclusione. Una simile scelta risulta del tutto problematica in relazione al principio di offensività in materia penale e al principio di proporzionalità della pena, per di più se previste a fronte di condotte quali la “diffusione di idee” o l'“incitamento”. Si badi che tale modifica potrebbe dare avvio a giudizi penali e a una conseguente condanna alla pena della reclusione anche a causa di un post su *facebook*, magari pubblicato su un profilo privato, che per quanto di dubbio gusto non è idoneo a determinare il concreto pericolo di commissione di atti di discriminazione e di violenza. Inoltre è lecito domandarsi se un ulteriore irrigidimento del trattamento sanzionatorio, principio costituzionale cardine in materia penale, tanto più in relazione a reati fondati su motivi di discriminazione.

Al contrario la strada da seguire e maggiormente coerente con i principi costituzionali appena ricordati è quella percorsa dalle altre proposte di legge¹³, le quali scelgono di non inasprire il trattamento sanzionatorio, mantenendo le pene alternative della reclusione (fino ad un anno e sei mesi; da uno a quattro anni; fino a sei anni, a seconda della gravità della condotta posta in essere ai sensi del primo comma e del secondo comma dell'art. 604 *bis* e *ter*) e della multa (fino a 6.000 euro solo per le condotte di cui al primo comma, lett. a), come notevolmente ridotte dalla legge n. 86 del 2006.

Al fine di completare il ragionamento sul trattamento sanzionatorio penso sia opportuno riflettere sulla previsione del disegno di legge “Boldrini” il quale interviene anche sulla disciplina delle pene accessorie, rendendo obbligatorio, il lavoro di pubblica utilità. Ritengo, infatti, che la valorizzazione del lavoro di pubblica utilità quale pena accessoria obbligatoria sia un aspetto interessante della proposta “Boldrini”, ben potendo rappresentare quest'ultimo uno strumento efficace ai fini della rieducazione di coloro che commettono reati fondati su motivi di discriminazione, spesso mossi da convinzioni culturali del condannato.

3.4. *Il ruolo chiave della prevenzione e della sensibilizzazione*

Sono fermamente convinta che il ricorso allo strumento penale non sia l'unica via per contrastare omofobia e sessismo, ma che esso debba essere necessariamente accompagnato da serie politiche di prevenzione, sensibilizzazione e promozione di una società inclusiva.

Solo due delle proposte in esame introducono, accanto alla previsione delle ipotesi di reato, anche azioni volte a prevenire la diffusione dell'odio e delle discriminazioni.

A) *L'istituzione dell'Autorità garante della parità di trattamento e della rimozione delle discriminazioni da parte della proposta “Boldrini”*

¹³ A. C. n. 2171 del 14 ottobre 2019 Perantoni e altri; A. C. n. 2255 del 4 novembre 2019 Bartolozzi e altri; A. C. n. 868 del 4 luglio 2018 Scalfarotto e altri; A.C. n. 569 del 2 maggio 2018 Zan e altri.

La proposta “Boldrini” ha il merito di prevedere, all’art. 5 del progetto, l’Istituzione dell’Autorità garante della parità di trattamento e della rimozione delle discriminazioni, che sostituisce l’Ufficio per il contrasto delle discriminazioni (UNAR).

Si legge nella relazione alla proposta di legge che *“rispetto a tale Ufficio, l’Autorità garante è configurata quale autorità indipendente e può dunque svolgere le proprie funzioni da una posizione di maggior autonomia”*. L’istituzione di tale autorità consentirebbe di slegare la programmazione delle politiche di contrasto e prevenzione di ogni forma di discriminazioni dagli orientamenti politici del momento, di l’uno o dell’altro Governo; orientamenti che più volte negli anni passati hanno condizionato non poco l’operatività del UNAR e il doveroso contrasto delle discriminazioni, come imposto all’art. 3 Cost.

B) *La prevenzione a tutto “campo” promossa della proposta “Perantoni”*

La proposta più completa dal punto di vista delle misure di prevenzione è certamente la proposta presentata dall’On. Perantoni, la quale introduce tre previsioni di estrema importanza.

In primo luogo, l’art. 4 della legge istituisce, il 17 di maggio, “la giornata nazionale contro l’omofobia, la bifobia e la trasfobia”. La previsione potrebbe sembrare una scelta “simbolica” senza alcun effetto concreto nel contrasto alle discriminazioni. Al contrario, ritengono che questa scelta possa rappresentare un utile antidoto all’omofobia e alle discriminazioni. Basti pensare a tutte le iniziative di sensibilizzazione, nelle scuole, nelle città e per la cittadinanza, che sono state promosse a partire dall’istituzione della giornata nazionale della Memoria il 27 gennaio; iniziative che certamente hanno avuto l’effetto positivo di far conoscere ad un numero sempre più crescente di destinatari il valore della memoria e l’importanza del contrasto ad ogni forma di anti-semitismo.

In secondo luogo, l’articolo 5 della proposta “Perantoni” prevede l’istituzione di “centri per il sostegno delle vittime di violenza o discriminazione per orientamento sessuale o identità di genere”. La proposta ha il merito di descrivere nel dettaglio la programmazione e il finanziamento dei centri, evitando il rischio che essi si rivelino scatole vuote. A tale scopo, la proposta incrementa il Fondo per le Pari opportunità e, coerentemente con il principio di sussidiarietà, dà il compito alle Regioni di programmare l’azione dei centri che, a loro volta, saranno istituiti da enti locali e/o associazioni di settore. Ancora l’efficacia dell’azione dei centri è assicurata dal fatto che l’articolo 5 ne impone la messa in rete con gli altri servizi, come quelli socio-assistenziali, che già si occupano di violenza sul territorio. Infine, è sicuramente meritevole l’attenzione da parte della proposta di legge alla garanzia dell’anonimato delle vittime, aspetto imprescindibile per assicurarne una reale protezione.

Infine, l’art. 6 impone all’ISTAT di svolgere, almeno con cadenza triennale, una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere. Come si legge nella relazione alla stessa proposta di legge una simile previsione consentirebbe di superare uno dei problemi da sempre denunciato dall’Unione europea *“quello della nulla rilevazione da parte degli istituti nazionali di statistica dei dati relativi alla discriminazione”*; dati che al contrario costituiscono il presupposto per l’avvio di una seria programmazione delle politiche antidiscriminatorie.

4. La giurisprudenza costituzionale e sovranazionale

Nel quadro delle ragioni che militano in favore del rafforzamento delle tutele in favore delle persone omosessuali e transessuali, che attraversano tutte le proposte di legge in esame, si inseriscono sia la giurisprudenza costituzionale, sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Entrambe le Corti hanno, infatti, in più occasioni posto l’accento sull’opportunità che anche l’orientamento sessuale e l’identità di genere, pure non espressamente contemplati né in Costituzione a norma dell’art. 3, comma primo, Cost., né ai sensi dell’art. 14 della Convenzione

europea dei diritti dell'uomo, vengano ricompresi a tutti gli effetti nel novero dei fattori di discriminazione rispetto ai quali è fatto divieto di operare distinzioni irragionevoli lesive del principio di eguaglianza e di non discriminazione.

Le proposte di legge in esame concorrono a colmare simile lacuna sul versante della vita privata.

Come noto, infatti, il legislatore nazionale è di recente intervenuto, proprio su sollecitazione delle due Corti, a salvaguardare il diritto alla vita familiare delle coppie composte da persone dello stesso sesso con la legge n. 76 del 2016, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", lasciando tuttavia scoperto l'ambito della sfera individuale.

Sotto questo profilo, l'intervento legislativo proposto si appalesa di sicuro rilievo, perché contribuisce ad assegnare ai fattori di discriminazione in esame uno *status* equiparabile a quello riconosciuto agli altri, tra cui, anzitutto, la razza, l'etnia, la religione, l'origine nazionale; quegli stessi fattori per i quali l'ordinamento nazionale già appresta adeguate garanzie almeno nei confronti delle condotte tipizzate dalle fattispecie incriminatrici oggetto delle proposte di legge.

4.1. *La giurisprudenza costituzionale in tema di identità di genere*

Le proposte di legge in esame mirano, come visto, a tutelare la dignità e il diritto all'identità di genere delle persone omosessuali e transessuali contro atti a contenuto discriminatorio.

In questa prospettiva, le proposte si dimostrano coerenti con la giurisprudenza costituzionale, che ha in varie circostanze riconosciuto copertura costituzionale al diritto all'identità di genere. In primo luogo, si collocano le decisioni con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legge n. 164 del 1982, che detta la disciplina in tema di rettificazione e di attribuzione del sesso, a partire dalla n. 161 del 1985 in tema di transessualismo.

In quella occasione, il Giudice costituzionale ha sottolineato, accogliendo l'impostazione del legislatore, che l'ordinamento ha fatto proprio "un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero 'naturalmente' evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale"¹⁴; ed, inoltre, che l'ordinamento costituzionale riconosce e salvaguarda il diritto di ciascun individuo di "realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità"¹⁵ rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost.

Più recente, nella decisione n. 221 del 2015, così come nella successiva n. 180 del 2017, la Corte costituzionale ha escluso la doverosità e dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, perché il soggetto interessato è titolare del diritto alla propria identità di genere, che rinviene il proprio fondamento costituzionale, come detto, nell'art. 2 Cost.

Nella sentenza n. 180 del 2017, la Corte ha, infatti, affermato che: "l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituis[ce] senz'altro espressione del diritto al riconoscimento della identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al Giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità

¹⁴ Corte cost. sent. n. 161 del 1985, punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

¹⁵ *Ibidem*, punto n. 10 del del *Cons. in Dir.*

di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere"¹⁶.

Nel contesto in esame, è, infine, particolarmente importante ricordare anche quanto affermato dal Giudice costituzionale nella prima decisione in tema, la n. 161 del 1985, quando, con riferimento alla legge n. 164 del 1982 ed alle novità da quest'ultima introdotte quanto al concetto di identità di genere, la Corte enfatizzava altresì l'importanza di interventi legislativi capaci di rispondere alle esigenze di una società in evoluzione e, contestualmente, l'opportunità che la civiltà giuridica si dimostri "attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale"¹⁷.

In secondo luogo, la giurisprudenza costituzionale ha concorso a delineare i contorni del diritto all'identità di genere, estendendone la copertura costituzionale alla dimensione affettivo-relazionale in occasione della fondamentale sentenza n. 138 del 2010.

Nella pronuncia n. 138 del 2010, la Corte costituzionale ha infatti, per la prima volta, riconosciuto che anche le coppie composte da persone dello stesso sesso hanno diritto di vivere liberamente la propria condizione di coppia. In questo senso, la Corte ha voluto rafforzare ulteriormente il diritto all'identità di genere, opponendosi a disparità di trattamento tra coppie sulla base dell'orientamento sessuale dei rispettivi componenti.

La Corte costituzionale ha così accolto una lettura dell'art. 2 Cost., che conferisce piena cittadinanza costituzionale al diritto alla vita familiare anche delle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Si tratta di una pronuncia che riveste un'importanza centrale, perché il Giudice costituzionale ha riconosciuto, tramite il riferimento specifico al diritto alla vita familiare, che le distinzioni aventi fondamento sull'orientamento sessuale non possono considerarsi costituzionalmente legittime.

I principi affermati nella fondamentale pronuncia n. 138 del 2010, in cui la Corte costituzionale sollecitava un intervento del legislatore nazionale volto ad introdurre una forma di regolamentazione organica delle unioni omosessuali, hanno conosciuto ulteriore svolgimento negli anni successivi e, in particolare, in occasione della sentenza n. 170 del 2014.

Nella decisione n. 170 del 2014, relativa alla legittimità costituzionale della previsione normativa che imponeva lo scioglimento obbligatorio del vincolo matrimoniale a seguito del mutamento del sesso di uno dei due componenti della coppia (c.d. divorzio imposto), il Giudice costituzionale ha così posto l'accento sulla opportunità di evitare il rischio "che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto"¹⁸, concludendo per l'annullamento delle norme oggetto "nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore"¹⁹.

In quella stessa pronuncia, riprendendo ampiamente la sentenza n. 138 del 2010, il Giudice costituzionale ha, inoltre, non soltanto ribadito, ma ulteriormente rafforzato il monito rivolto al Parlamento, sottolineando la necessità che anche le coppie composte da persone dello stesso

¹⁶ Corte cost. sent. n. 180 del 2017, punto n. 5.2. del *Cons. in Dir.*

¹⁷ Corte cost. sent. n. 161 del 1985, punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

¹⁸ Corte cost. sent. n. 170 del 2014, punto n. 5.6. del *Cons. in Dir.*

¹⁹ *Ibidem*, cfr. il dispositivo della pronuncia.

sempre possano beneficiare del diritto alla vita familiare al pari delle coppie eterosessuali, quale diritto costituzionalmente protetto a norma dell'art. 2 Cost²⁰.

Per concludere su questo punto, le proposte di legge in esame dimostrano di tenere in adeguata considerazione la giurisprudenza costituzionale, occupandosi di salvaguardare quel diritto all'identità di genere che la Corte costituzionale, nelle sue pronunce, ha concorso a delineare includendolo nel novero dei diritti inviolabili della persona umana.

4.2. Corte EDU e identità di genere

L'esigenza di assicurare effettiva tutela alle persone omosessuali e transessuali emerge, come noto, anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

A titolo preliminare, pare opportuno premettere che la *ratio* sottesa alle proposte di legge in esame – unitaria almeno quanto alla volontà di rafforzare i meccanismi di tutela contro atti discriminatori a sfondo omofobo o transfobico – si dimostra conforme al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza sovranazionale ha, infatti, nel corso degli ultimi anni notevolmente rafforzato la protezione delle minoranze omosessuali e transessuali.

Il Giudice europeo ha, in più occasioni, riconosciuto copertura convenzionale al diritto all'identità di genere, ritenuto espressione del diritto alla vita privata sancito a norma dell'art. 8 della Convenzione.

Ricorrente è, infatti, l'affermazione secondo cui l'orientamento sessuale e l'identità di genere costituiscono espressione della vita privata, quali manifestazioni dell'identità e della sessualità del singolo e, in quanto tali, meritevoli di protezione entro il sistema convenzionale.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è così costante nell'affermare che: “il concetto di vita privata è un termine ampio insuscettibile di definizioni esaustive. Esso include non solo aspetti legati all'integrità fisica e psicologica, ma può talvolta comprendere anche aspetti della identità sociale dell'individuo. Elementi quali l'identità di genere o l'identificazione, il nome, l'orientamento sessuale, la vita sessuale rientrano nella sfera personale protetta dall'art. 8 CEDU”²¹.

Soprattutto in casi in tema di transessualismo, la Corte europea ha posto l'accento sull'importanza che gli Stati assicurino adeguata tutela al diritto di scegliere liberamente la propria identità di genere, espressione del diritto alla vita privata. In questa prospettiva, possono richiamarsi i casi in cui la Corte europea condanna gli Stati che non consentono il mutamento dell'identità anagrafica del/della richiedente in difetto dell'intervento chirurgico di mutamento del sesso²².

A dimostrazione della sensibilità con cui la giurisprudenza sovranazionale guarda al diritto all'identità di genere, il Giudice europeo ha, inoltre, posto l'accento sulla distinzione intercorrente tra la nozione di orientamento sessuale e quella di genere, affermando che si tratta di due caratteristiche intime distinte e che ogni confusione tra i due concetti costituisce un attacco alla reputazione individuale che incide su uno dei tratti più intimi della personalità²³.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, poi, ulteriormente precisato i contorni della tutela convenzionale del diritto all'identità di genere in relazione all'art. 8 della Convenzione e, in particolare, con riferimento al diritto alla vita familiare.

²⁰ Corte cost. sent. n. 138 del 2010, punto n. 8 del *Cons. in Dir.*

²¹ Da ultimo, si veda il caso *S.V. c. Italia*, par. 54, (11 ottobre 2018), in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione a motivo del rifiuto opposto dalle autorità nazionali di modificare il nome della ricorrente, una donna transessuale, in ragione del fatto che nessuna pronuncia giurisdizionale aveva confermato la compiuta realizzazione della terapia di rettificazione del sesso.

²² Di recente, si vedano i casi *S.V. c. Italia* e *Y.Y. c. Turchia*.

²³ *Sousa Goucha c. Portogallo*, 22 marzo 2016, par. 23.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha così riconosciuto che anche le unioni tra persone dello stesso sesso costituiscono espressione del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione a partire dalla sentenza *Shalk e Kopf c. Austria*²⁴, che riguardava le doglianze lamentate da una coppia omosessuale impossibilitata di vedere riconosciuta la propria unione dall'ordinamento di residenza, per poi confermare simile impostazione, tra le altre, nelle successive sentenze rese sui casi *Valliantos e altri c. Grecia*²⁵ e, soprattutto, *Oliari e altri c. Italia*²⁶.

L'Italia è stata oggetto di due sentenze di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In un primo caso, la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU a motivo dell'inesistenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, all'epoca del ricorso e della successiva pronuncia, di una qualsiasi forma di tutela del diritto alla vita familiare delle coppie composte da persone dello stesso sesso²⁷. In un secondo caso, il Giudice europeo ha condannato l'Italia, sempre in relazione all'art. 8 CEDU, per aver impedito alle coppie omosessuali ricorrenti di beneficiare della trascrizione entro l'ordinamento interno delle unioni civili contratte all'estero²⁸.

La Corte europea non si è limitata ad accertare la violazione dell'art. 8 CEDU, ma ha inoltre ritenuto che esista un obbligo, derivante dall'art. 8, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per gli Stati contraenti di introdurre forme di tutela della vita familiare delle coppie composte da persone dello stesso sesso.

Sulla base di quanto sopra, si ritiene che pertanto che non possano sussistere dubbi quanto alla rispondenza delle proposte in esame alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, almeno sotto il profilo dell'opportunità di assicurare alle minoranze omosessuali e transessuali adeguata tutela dei loro diritti alla vita privata e familiare.

Sotto altro versante e con riferimento più specifico alle modalità con cui apprestare siffatte tutele anche tramite il ricorso allo strumento penale, si ricorda che la Corte europea dei diritti dell'uomo non osta al ricorso allo strumento penale per la repressione di crimini motivati da odio omofobo o transfobico²⁹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo infatti, pronunciandosi nei confronti di ordinamenti che prevedevano forme di tutela penale contro condotte commesse a motivo di odio omofobo o transfobico, è giunta sino a ritenere che l'omessa attivazione di tali misure da parte dello Stato realizza una quiescenza se non addirittura un atteggiamento di connivenza con la commissione di crimini d'odio³⁰.

In particolare, nella sentenza resa sul caso *Identoba e altri c. Georgia*, la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 3 (*Divieto di trattamenti inumani e degradanti*), in combinato disposto con l'art. 14 (*Divieto di discriminazione*), a motivo delle condotte discriminatorie di cui erano state vittime gli appartenenti alla minoranza omosessuale durante una manifestazione pubblica. Nella sua pronuncia, la Corte europea ha, infatti, affermato che condotte a contenuto discriminatorio possono integrare un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea quando si risolvano in un affronto alla dignità umana e quando si fondino su un pregiudizio ai danni delle minoranze omosessuali. La Corte ha, inoltre, precisato che insulti e commenti discriminatori devono in ogni circostanza essere equiparati ad un trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 della Convenzione.

²⁴ *Shalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

²⁵ *Valliantos e altri c. Grecia*, 7 novembre 2013.

²⁶ *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015.

²⁷ Il riferimento è alla già citata *Oliari e altri c. Italia*.

²⁸ *Orlandi e altri c. Italia*, 14 dicembre 2017.

²⁹ In questo senso, si vedano *M.C. e A.C. c. Romania*, 12 aprile 2016; *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015.

³⁰ *Identoba e altri c. Georgia*, cit., e, nello stesso senso, anche *Milanović c. Serbia*, 14 dicembre 2010; *Abdu c. Bulgaria*, 20 marzo 2014; *Begheluri e altri c. Georgia*, 7 ottobre 2014.

Più di recente, nella sentenza resa contro la Lituania³¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'art. 13, letto in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, a motivo dell'inattività delle autorità nazionali di fronte agli insulti e alle condotte di incitamento all'odio diffuse su Facebook nei confronti di appartenenti alla minoranza omosessuale. Inattività delle autorità nazionali che si è risolta, ad avviso del Giudice europeo, nell'impossibilità per i ricorrenti di vedere adeguatamente tutelati i propri diritti, pure astrattamente garantiti dal diritto nazionale. La Corte ha quindi condannato lo Stato per aver omesso di dare applicazione alle norme del codice penale, che puniscono la manifestazione e l'incitamento all'odio, a motivo dell'orientamento sessuale dei ricorrenti. Ad avviso della Corte europea, sussiste infatti un'obbligazione positiva nei confronti dello Stato affinché si attivi e svolga indagini adeguate di fronte a forme di manifestazione del pensiero che si risolvano in condotte discriminatorie lesive della dignità delle vittime.

In una prospettiva più ampia, simile orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo si pone, infine, in linea con le indicazioni del diritto internazionale dei diritti umani che, sin dalla negoziazione e dalla successiva entrata in vigore della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, si è espresso in senso favorevole al ricorso allo strumento penale, sino ad invitare gli Stati ad introdurre strumenti di contrasto alle condotte discriminatorie³².

Per concludere, pare di potersi affermare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo tutela ampiamente il diritto all'identità di genere, quale espressione della dignità umana dell'individuo.

Quanto alle modalità di tutela avverso forme di discriminazione che si risolvano in insulti e in condotte di incitamento alla violenza, aventi contenuto discriminatorio e pertanto lesive della dignità umana dell'individuo, la giurisprudenza più recente guarda con favore al ricorso allo strumento penale.

Le proposte di legge in esame si dimostrano, pertanto, in linea con simile approccio, che, nel porre in capo agli Stati contraenti un'obbligazione positiva di attivarsi per reprimere simili condotte, pare inoltre suggerire l'opportunità che gli Stati si dotino di strumenti di tutela adeguati.

5. Considerazioni sulla scelta dello strumento penale e sui principi costituzionali della materia penale rilevanti per le proposte di legge in esame

Prima di compiere alcune osservazioni puntuali in merito alla possibile violazione principi di determinatezza e offensività della legge penale, occorre premettere alcune considerazioni comuni a tutti i disegni di legge in esame, volte a dissipare il dubbio di violazione della libertà costituzionale di espressione, di cui all'art. 21 Cost., dovuto alla appartenenza delle norme che si vogliono introdurre al novero dei "reati di opinione".

Fermo restando che anche i reati di opinione, sia pure a certe specifiche condizioni, chiaramente enucleate dalla giurisprudenza costituzionale e da verificare in modo rigoroso, possono legittimamente inserirsi nel tessuto costituzionale³³, le norme in questione non paiono porre

³¹ *Beizaras e Levickas c. Lituania*, 14 gennaio 2020.

³² In questo senso, si veda l'art. 4 della Convenzione a norma del quale gli Stati contraenti sono invitati a "dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica".

³³ Cfr. il § 4.2. In questa sede, si richiamano, perché hanno specificamente ricondotto il ricorso alla sanzione penale all'alveo costituzionale, richiedendo il rispetto di un pericolo concreto per beni collettivi di rilievo costituzionale, le sentt. n. 16 del 1973 e n. 71 del 1978 sull'istigazione ai militari a disobbedire alle leggi e la sentt. n. 108 del 1974 sull'istigazione all'odio fra classi sociali.

problemi in questo senso, perché non puniscono condotte di propaganda o diffusione di un certo tipo di idee, ritenute pericolose per l'ordine pubblico, estrinsecando una matrice autoritaria della scelta di politica criminale, ma servono a tutelare - da un certo tipo di utilizzo della parola - col presidio della sanzione penale la dignità umana della persona.

Questo tipo di precisazione circa il bene tutelato dalla sanzione penale, dirimente per escludere l'incostituzionalità rispetto all'art. 21 Cost., è suffragata non solo da un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme del codice penale su cui le presenti iniziative legislative si innestano, attraverso una modifica in via ermeneutica del bene oggetto di protezione penale, ma è anche dimostrata dalla lettera della legge, laddove disciplina la collocazione del reato e dell'aggravante all'interno del codice penale. Infatti, come già segnalato (par. 1), l'introduzione degli artt. 604 *bis* e 604 *ter* nel codice medesimo è stata accompagnata dalla creazione di apposita sezione, i "reati contro l'uguaglianza", posta all'interno del Capo III, in materia di Delitti contro la libertà individuale, il quale a sua volta si trova nel Titolo XII del codice penale, sui Delitti contro la persona.

Non si tratta di un elemento trascurabile o secondario, giacché dimostra che il giudizio di meritevolezza di pena compiuto dal Parlamento non insiste su istigazioni pericolose per beni pubblici, come tradizionalmente avviene per i reati di opinione, la cui sede per eccellenza è da rinvenire nel Titolo del codice penale a protezione della Personalità dello Stato o del Sentimento religioso³⁴.

Piuttosto, acquisita consapevolezza della gravità delle conseguenze per la dignità umana dei discorsi di odio che, facendo leva su fattori di discriminazione indicati dalla legge, colpiscono la persona in una parte di sé particolarmente vulnerabile e allo stesso tempo rappresentativa della sua essenza, queste norme mirano a proteggere quanto di più importante vi è nella Costituzione, ovvero l'individuo, che gli artt. 2 e 3 Cost. pongono infatti al centro dell'attività delle istituzioni pubbliche di qualsiasi livello.

D'altra parte, ciò è dimostrato anche dal destinatario della "critica", che non è da ravvisarsi in questa o quella istituzione, e nemmeno nella tutela astratta di una pretesa dignità sociale in senso collettivo, facilmente manipolabile dall'alto, ma nell'individuo. Il fondamentale beneficio per la collettività, dovuto alla circolazione di idee basate su critiche anche assai aspre, nel caso in esame non pare sussistere, trattandosi di espressioni del pensiero mirate a colpire singoli individui per motivi fondati sul loro orientamento sessuale o identità di genere.

Lo stesso dicasi, in riferimento alla libertà costituzionale di riunione e associazione, di cui agli artt. 17 e 18 Cost., per la previsione della sanzione penale per ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi basati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere: oltre al fatto che la limitazione delle libertà costituzionali in discorso deriva dal perseguimento da parte del gruppo di persone riunitosi o associatosi di fatti puniti anche a titolo individuale, è importante evidenziare la carica offensiva per la persona - e non per l'ordine pubblico - che simili azioni di critica collettiva portano.

Come già accennato nel par. 1, ciò consente dunque di superare i possibili problemi di costituzionalità prospettati dalla sottoscritta nell'audizione nel 2011, in riferimento all'art. 21 Cost., nonché in riferimento agli artt. 17 e 18 Cost.

V. in tema, a conclusione di questo filone giurisprudenziale, la sent. n. 126 del 1985 della Corte costituzionale, che ricostruisce in modo particolarmente significativo la precedente giurisprudenza costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi o corretto in via interpretativa i reati volti a reprimere forme di manifestazione del pensiero contrarie alle autorità costituite in assenza di un concreto pericolo per beni collettivi di rilievo costituzionale.

Come sottolinea peraltro G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. del dir.*, 2008, 295. "immaginare una immunità generale ed assoluta per qualsiasi forma di manifestazione del pensiero sarebbe un assurdo".

³⁴ Come si evince anche dalla lettura della legge n. 85 del 2006, che li ha finalmente riformati.

Riassumendo rispetto a questo punto, le norme penali di cui ai disegni di legge in esame sono volte a punire comportamenti individuali o collettivi connotati, anziché dall'intento di manifestare un pensiero anche fortemente critico verso i pubblici poteri, dalla comune matrice della lesione della dignità del singolo o di una categoria di individui in ragione dei fattori di discriminazione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

In questo ambito è importante ricordare una pronuncia costituzionale emblematica dell'affermazione di una nuova attitudine del diritto penale, elevatosi da strumento di tutela dell'onore e della reputazione a strumento di tutela della dignità individuale da attacchi verbali che la colpiscono nei suoi tratti più intimi e fragili. Ci si riferisce alla sentenza n. 215 del 2017, in cui la Corte costituzionale, con un'operazione interpretativa molto importante, ha messo in evidenza che il permanere dell'ingiuria tra militari, a seguito di abrogazione dell'ingiuria tra civili, non è foriera di irragionevolezza o disuguaglianza, dovuta al deteriore trattamento degli appartenenti a forze militari rispetto ai comuni cittadini, essendo funzionale ad un obiettivo più specifico ma non meno rilevante su un piano costituzionale, ovvero la tutela delle vittime, all'interno del corpo militare, di nonnismo e di ingiurie di natura sessista, insorte a seguito dell'accesso delle donne al servizio militare.

Posto dunque che i sospetti di incostituzionalità che usualmente circondano in reati di opinione non hanno rilievo in questa sede, è possibile procedere ad alcune considerazioni specifiche sui principi di offensività e determinatezza.

Quanto al primo principio, si potrebbe ipotizzare che le norme in esame introducano una pena per qualsiasi discorso di odio incentrato su orientamento sessuale e identità di genere, anche se privo di una carica offensiva.

In realtà, questo non pare un concreto rischio, giacché, in primo luogo, la istigazione si riferisce ad atti di discriminazione o violenza, i quali si prestano, in quanto chiaramente identificati e identificabili, ad essere verificati in modo oggettivo dal giudice; inoltre, sarà possibile avvalersi, in fase applicativa, dell'apporto giurisprudenziale che la Corte costituzionale ha sviluppato, nonché delle acquisizioni che la giurisprudenza penale ha già da tempo maturato, in riferimento agli altri fattori di discriminazione vigenti, come l'odio razziale o religioso, per cui tali norme penali non possono essere applicate in assenza di una offensività riscontrabile quantomeno attraverso un pericolo concreto di lesione della dignità del singolo³⁵.

In questo senso, qualche problema potrebbe porsi, forse, per la proposta di legge "Boldrini", che come visto (par. 3.1.), ripristina nell'art. 604 *bis*³⁶ – verosimilmente al fine di allargare la portata del precetto penale – la terminologia originariamente utilizzata nella c.d. Legge Mancino, n. 654 del 1975, e poi modificata con la l. n. 85 del 2006, di riforma dei reati di opinione. Tale iniziativa infatti intende sostituire il termine "diffonde in qualsiasi modo" col termine "propaganda" e il termine "incita" col termine "istiga". Tornare indietro su questo significherebbe, forse, rinunciare alla conquista, non secondaria, avutasi nel 2006, della necessaria presenza di un pericolo concreto per la dignità individuale degli appartenenti alla categoria discriminata. Il ricorso ai termini più circoscritti "propaganda" e "istiga", che sembrano presupporre un'adesione del soggetto agente al discorso d'odio, sembra invece mettere la parola fine ai dubbi della necessità di un pericolo per il bene della dignità individuale nel caso di specie, chiudendo la porta a interpretazioni volte a sussumere nella fattispecie in questione una norma di pericolo astratto.

³⁵ Cfr. in questo senso, anche per riferimenti giurisprudenziali, G. PAVICH e A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 28 ss.

³⁶ Oltre ad allargare, come pure si è visto, nel § 3.2, la fattispecie penale anche alla ipotesi della circolazione del pensiero veicolante omofobia e transfobia.

Questo rilievo va di pari passo con le esigenze legate al rispetto del principio di determinatezza del diritto penale, elevato dall'ord. n. 24 del 2017 e dalla sent. n. 115 del 2018 a principio supremo dell'ordinamento giuridico, se possibile ancora più importante in fattispecie come questa, associate in passato ai reati di opinione³⁷.

Il contenuto più puntuale dei termini “propaganda” e “istigazione”, anziché “diffusione” e “incitamento”, chiaramente comprensibili dal destinatario del precetto penale e facilmente applicabili dal giudice, fa prediligere il mantenimento delle prime due espressioni, diversamente dalla scelta fatta propria dalla proposta “Boldrini”.

Allo stesso tempo, come già sottolineato (par. 3.1.), questa ultima proposta pare apprezzabile per la previsione di definizioni di “identità sessuale”, “identità di genere”, “ruolo di genere”, “orientamento sessuale”, che potrebbero rendere la norma penale più precisa. Pur salutando con favore questo approccio particolarmente attento, non pare si tratti di un imperativo assoluto su un piano costituzionale, posto che la Corte costituzionale afferma quanto segue: “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” (v. tra le tante la sent. n. 5 del 2004). Poiché questi standard paiono raggiunti a prescindere dall'inserimento di definizioni nel testo normativo, la loro assenza nei altri atti di iniziativa legislativa non è spia di un profilo di incostituzionalità.

Si raccomanda comunque in via generale, nell'ipotesi di modifiche normative ulteriori che dovessero sopraggiungere, vista l'importanza di un tessuto normativo chiaro, che conosci ai giudici penali uno strumento applicabile in modo rigoroso, la massima attenzione alla determinatezza dei termini del testo di legge.

6. Osservazioni conclusive: la Costituzione può legittimare l'odio?

Oltre ai profili evidenziati tutte le proposte impongono una riflessione sui limiti costituzionalmente consentiti alla libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost. Si tratta di un tema su cui mi sono interrogata a partire dai dati raccolti nel progetto la “Mappa dell'Intolleranza”.

Pur riconoscendo la libertà di manifestazione del pensiero quale “pietra angolare del nostro ordine democratico”³⁸, mi sono chiesta se la Costituzione possa rimanere indifferente di fronte alla crescita esponenziale di espressioni verbali a contenuto discriminatorio e intollerante.

Ritengo che la risposta sia certamente negativa.

La Costituzione è, infatti, nata proprio con l'intento di reagire ad un drammatico passato di violenza e discriminazione, come dimostra l'attenzione prestata dai Costituenti all'elaborazione

³⁷ V. volendo, in riferimento al quadro normativo precedente, e dunque con considerazioni superate dalla modifica normativa di cui si è detto, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, 25; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2013.

³⁸ Corte cost. sent. n. 84 del 1969.

degli artt. 2 e 3 Cost. È, quindi, nel principio di uguaglianza e nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo che va rintracciata la *ratio* delle misure volte a contrastare l'odio e le discriminazioni. Tale tesi trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale che ha individuato limiti alla libertà di cui all'art. 21 Cost. ulteriori rispetto a quello esplicito del "buon costume".

Così, nella nota decisione n. 86 del 1974, la Corte costituzionale ha affermato che "[l]a previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata e illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione. [...] E 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)"³⁹.

Ancora, significativa è la pronuncia n. 293 del 2000, con cui la Corte ha rigettato una questione di costituzionalità avente ad oggetto una disposizione della legge sulla stampa che sanzionava penalmente, ai sensi dell'art. 528 c.p., l'utilizzo di "stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale e l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti".

In quell'occasione, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 21 Cost., ammettendo che un limite alla libera manifestazione del pensiero è costituito dal rispetto per un altro interesse di rilievo costituzionale, ossia la tutela della dignità umana. A supporto della non fondatezza della questione, la Corte chiariva inoltre che "[s]olo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento"⁴⁰.

Alla luce di quanto precede, è possibile individuare nella tutela della dignità umana e nel principio di eguaglianza limiti impliciti all'art. 21 Cost.

Quanto alle modalità di restrizione della libertà di manifestazione del pensiero si suggerisce di operare su un doppio binario.

Da un lato, il ricorso allo strumento penale deve rappresentare sempre l'*extrema ratio* e deve necessariamente riguardare, per essere costituzionalmente ammissibile, condotte che palesino un collegamento diretto tra "parola" e "azione".

In questo senso, possono richiamarsi le decisioni della Corte costituzionale sulla fattispecie incriminatrice dell'apologia del fascismo prevista, in attuazione della XII disp. trans. e finale, dall'art. 4 della legge n. 645 del 1952 "Scelba". In alcune di queste pronunce, infatti, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che, perché possa giustificarsi l'intervento punitivo, è necessaria la sussistenza di un collegamento tra "parola" e "azione" tale da evidenziare l'esistenza di un pericolo "concreto" per il bene che la legge mira a tutelare⁴¹.

Dall'altro, laddove non sussista tale collegamento tra parola e azione, è preferibile l'adozione di misure di prevenzione e sensibilizzazione idonee ad incidere sul contesto culturale e sociale. Come ricorda Victor Klemperer nel suo *Language of the Third Reich* dobbiamo tenere ben presente il ruolo pericoloso e distorsivo del linguaggio che forma la nostra personalità e le nostre convinzioni "come e più del sangue"⁴².

Per tali ragioni, ritengo che sia da perseguire la strada tracciata da quei progetti di legge (in particolare proposta "Perantoni") che prevedono il ricorso allo strumento penale per i soli casi di istigazione, che presuppongono un nesso tra parola e atti violenti o discriminatori e che, allo stesso tempo, introducono misure di prevenzione.

³⁹ Corte cost. sent. n. 86 del 1974, punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

⁴⁰ Corte cost. sent. n. 293 del 2000, punto n. 3 del *Cons. in Dir.*

⁴¹ Cfr., anche, Corte cost. n. 87 del 1966; n. 108 del 1974, n. 74 del 1958.

⁴² V. KLEMPERER, *Language of the Third Reich*, Continuum, 2006.