

Carmelo Domenico Leotta

Prof. ass. di Diritto penale
Università degli Studi Europea di Roma
Via degli Aldobrandeschi, 190
00163 Roma

carmelo.leotta@unier.it

**Alla Commissione Giustizia
della Camera dei Deputati**

Parere sulle proposte di legge A.C.107 Boldrini, A.C.569 Zan, A.C.868 Scalfarotto, A.C.2171 Perantoni, A.C.2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli artt. 604 bis e 604 ter c.p., in materia di violenza e discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.

On. Deputati,

sono lieto di rendere il parere richiesto sulle p.d.l. all'esame della Commissione, in materia di repressione penale della c.d. "omofobia".

Ritengo utile, al fine di procedere più compiutamente nella formulazione del parere, inquadrare in premessa la disciplina vigente su cui interverrebbero le modifiche contenute nelle varie p.d.l.: trattasi delle norme oggi previste dagli artt. 604 bis e 604 ter c.p., inseriti nel codice penale dal D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione della riserva di codice. L'art. 604 bis c.p. prescrive quanto già contenuto nell'art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dapprima dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 25, poi dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85)¹; l'art. 604 ter c.p. prevede, poi, l'aggravante c.d. di "razzismo", già tipizzata dall'art. 3, d.l. n. 122/1993 conv.

Nella sua formulazione vigente, l'art. 604 bis c.p., al 1° co., lett. a), punisce con la reclusione fino ad 1 anno e 6 mesi o con la multa fino a 6.000 euro, tre distinte ipotesi delittuose di c.d. **razzismo ideologia**, vale a dire:

i) la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico;

¹ I successivi interventi, di cui alla l. 16 giugno 2015, n.115 e alla l. 20 novembre 2017, n. 167 hanno riguardato l'aggravante di negazionismo e non rilevano in questa sede.

ii) l'istigazione di atti discriminatori (non violenti) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

iii) la commissione di atti discriminatori (non violenti) per i medesimi motivi.

Lo stesso art. 604 bis, al 1° co., lett. b), punisce più severamente, cioè con la reclusione da 6 mesi a 4 anni, il **razzismo violento**, integrato da:

i) l'istigazione e la provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

ii) la commissione di atti di violenza, consumata per i medesimi motivi.

Al 2° co. sono vietate le **condotte associative** di matrice razzista; risultano punite:

i) con la reclusione da 6 mesi a 4 anni la partecipazione o l'assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che si prefiggono l'incitamento alla discriminazione violenta o non, per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

ii) con la reclusione da 1 a 6 anni la promozione o direzione di tali enti.

Il catalogo criminale dell'art. 604 bis c.p. (tralasciando l'aggravante di negazionismo che non è qui di interesse) contempla pertanto sia **delitti di opinione**, in cui consistono le condotte di propaganda e di istigazione sia **delitti di discriminazione, violenta e non violenta**, commessa per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi. Nell'impianto delle norme incriminatrici antidiscriminatorie sono in senso lato assimilabili a delitti di opinione anche le condotte associative, dal momento che le stesse sono vietate e punite penalmente proprio perché le associazioni o organizzazioni o movimenti o gruppi perseguono una finalità di incitamento alla discriminazione o alla violenza razzista.

Ancora un cenno deve essere fatto, sempre rispetto al diritto vigente, alla già menzionata **aggravante "di razzismo"**, prevista dapprima dall'art. 3, d.l. n. 122/1993 conv., oggi dall'art. 604 ter c.p. Si tratta di una circostanza aggravante comune, cioè applicabile a tutti i reati (con la cui struttura sia compatibile), ad effetto speciale (aumento della pena fino alla metà). La disciplina dell'aggravante è particolarmente severa sia perché comporta un aumento della pena fino alla metà e non fino ad un terzo (secondo la regola ordinaria di cui all'art. 64 c.p.) sia perché il 2° co. dell'art. 604 ter c.p., nel giudizio di bilanciamento tra l'aggravante in parola ed eventuali attenuanti (a meno che non si tratti di quella prevista dall'art. 98, cioè la minore età dell'autore del reato), fa divieto di prevalenza e di equivalenza delle attenuanti sull'aggravante di razzismo. Nel caso di sussistenza di attenuanti la diminuzione di pena dovrà, pertanto, essere praticata, come recita l'art. 604 ter, 2° co., c.p., sull'aumento di pena stabilito per l'aggravante razzista.

Le modifiche proposte nelle p.d.l. in esame intervengono in modo diverso sulle norme vigenti, pur con taluni tratti ricorrenti. Di seguito si elencheranno le diverse modifiche, limitando l'attenzione alle norme incriminatrici:

- la **p.d.l. A.C.107, Boldrini, Speranza** (presentata il 23 marzo 2018, antecedentemente all'inserimento nel c.p. degli artt. 604 bis e 604 ter), sostituendo l'allora art. 3, l. n. 654/1975, aggiunge agli atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, razziali e religiosi, quelli "*motivati dall'identità sessuale della vittima*". L'aggiunta si riferisce sia ai reati di discriminazione e di istigazione alla discriminazione violenta e non violenta sia all'associazionismo che ha la finalità di promuovere la discriminazione e la violenza discriminatoria. La p.d.l. opta per un "ritorno al passato" rispetto alla riforma sui reati di opinione del 2006 che, intervenendo sull'art. 3, l. n. 654/1975 per rendere il precetto più preciso aveva sostituito il verbo "incita" con "istiga". La p.d.l. A.C.107, riproponendo l'utilizzo del verbo "incita", riapre la questione se l'incitamento sia un *minus* rispetto all'istigazione o se le due condotte di incitamento e di istigazione siano equivalenti².

La p.d.l. estende, poi, ai motivi "*relativi all'identità sessuale della vittima*" l'aggravante di razzismo, prevedendo altresì per tale circostanza un giudizio di prevalenza *ex lege*, al di fuori del caso in cui l'autore del reato sia un minore. Alla luce delle indicazioni contenute nella giurisprudenza costituzionale in materia di limiti al bilanciamento delle circostanze del reato può ritenersi che la previsione contenuta nella p.d.l., ispirata sul punto ad un modello di "diritto penale d'autore", sia in forte tensione, per non dire in contrasto, con il dettato costituzionale (artt. 3 e 27, 3° co. Cost.) perché, impedendo al giudice un adeguamento tramite il bilanciamento delle circostanze della pena al caso concreto, non consentirebbe di soddisfare la finalità rieducativa della pena.

- La **p.d.l. A.C.569 Zan et al.** (presentata il 2 maggio 2018) aggiunge, nell'art. 604 bis, 1° co., lett. a) e lett. b), le parole "*oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*", ampliando la portata applicativa delle fattispecie di istigazione alla discriminazione razzista e di discriminazione razzista violenta e non. Parimenti, intervenendo con la stessa modifica sull'art. 604 bis, 2° co., 1° per., c.p., la p.d.l. A.C.569

² Per approfondire la questione mi permetto di rinviare alla mia voce *Razzismo*, in *Digesto Disc. Pen.*, Torino, 2008, vol. 2.

rende penalmente rilevanti le condotte associative di istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi “*fondati sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere*”. Analoga estensione investe l’aggravante di razzismo, prevista dall’art. 604 ter c.p.

- La **p.d.l. A.C.868 Scalfarotto et al.** (presentata il 4 luglio 2018) aggiunge alla parola “motivi”, contenuta nell’art. 604 bis, 1° co., lett. a) e lett. b), c.p., dopo l’attributo “religiosi” l’ulteriore specificazione “*o fondati sull’omofobia o sulla transfobia*”. La stessa p.d.l., poi, prevede un’estensione a tali motivi delle condotte associative vietate dall’art. 604 bis, 2° co., c.p. come pure dell’aggravante di razzismo prevista dall’art. 604 ter c.p.
- La **p.d.l. A.C.2171 Perantoni et al.** (presentata il 14 ottobre 2019) aggiunge, nell’art. 604 bis c.p., alla parola “motivi”, dopo l’attributo “religiosi”, l’ulteriore specificazione “*o fondati sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere*”. Il fatto che la p.d.l. non specifichi il comma e/o la lettera su cui interverrebbe la modifica e richiami genericamente l’art. 604 bis c.p., fa ritenere che intenda operare una estensione di punibilità in ogni ricorrenza della parola “motivi” contenuta nell’art. 604 bis c.p. Pertanto, ne risultano sanzionate, oltre alle condotte di discriminazione e di violenza e alle relative istigazioni, anche le condotte associative, ove l’ente abbia la finalità di incitare alla discriminazione o alla violenza per motivi “*fondati sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere*”. La stessa p.d.l., poi, prevede un’estensione a tali motivi dell’aggravante di razzismo.
- La **p.d.l. A.C.2255, Bartolozzi** (presentata il 14 novembre 2019) è la proposta più estensiva della punibilità: anzitutto utilizza, tra tutte le formulazioni, quella più ampia di motivi “*di genere*”; in secondo luogo estende la rilevanza penale anche alle condotte di **propaganda della superiorità** “*di genere*” e non solo alle condotte di discriminazione violenta e non violenta e alle corrispondenti istigazioni. Come *infra* si dirà questa previsione è in palese contrasto con una serie nutrita di disposizioni costituzionali (v. *Conclusioni*).

Per le ragioni che andrò ad indicare, l’estensione delle norme penali antidiscriminatorie al fenomeno che, per semplicità espositiva, indico con

il termine di “omofobia” comporta gravi rischi per il rispetto di talune garanzie tipiche del diritto penale e di taluni diritti costituzionali.

Tali rischi sono accresciuti laddove il testo delle p.d.l. faccia uso di concetti oltremodo ampi, come avviene con l’uso del solo sintagma motivi “*di genere*” (A.C.2255, Bartolozzi). La formula, “*motivati dall’identità sessuale della vittima*”, usata nell’A.C.107, Boldrini, Speranza, seppur apparentemente più restrittiva della dizione motivi “*di genere*”, non risulta sostanzialmente più limitativa del precetto penale perché va indebitamente a inibire qualsivoglia affermazione critica circa la scelta di scindere il sesso biologico della persona dal suo comportamento sessuale.

Pertanto, nessuna delle formulazioni utilizzate, a dire di chi scrive, riesce a colmare le gravi criticità rispetto a principi e garanzie proprie del diritto penale che sono già presenti nella formulazione vigente degli artt. 604 bis e 604 ter c.p. Le p.d.l., infatti, non risolvono, ma anzi acuiscono i problemi applicativi che già si erano posti con riferimento all’applicazione dell’art. 3, l. n. 654/1975 (oggi art. 604 bis c.p.).

a) Mancato rispetto del principio del *diritto penale del fatto* con riferimento all’estensione della rilevanza penale delle condotte di istigazione già punite dall’art. 604 bis c.p. in assenza del requisito di pubblicità

Come si è detto sopra, l’art. 604 bis, c.p., su cui interverrebbero le modifiche oggetto delle p.d.l., contempla sia alla lett. a) che alla lett. b) condotte alternativamente di istigazione e di commissione di atti discriminatori, rispettivamente non violenti e violenti. Per comprendere la portata fortemente repressiva del modello di incriminazione di condotte istigative cui fa ricorso l’art. 604 bis c.p. nella sua formulazione vigente, occorre approfondire in che posizione si collocano, su di un piano sistematico, le condotte di istigazione punite nel nostro ordinamento penale.

Il nostro codice penale prevede una disposizione sull’istigazione alla commissione di un fatto previsto dalla legge come reato all’**art. 115**, in materia di concorso di persone del reato. È da questo articolo che occorre prendere le mosse: ivi si detta una regola generale, pur derogabile da altre norme, in base alla quale nessuna pena può essere irrogata in caso di

istigazione a commettere un reato, se dall'istigazione non deriva la commissione di alcun fatto previsto dalla legge come reato. Ove, invece, all'istigazione segua la commissione del reato, l'istigatore, pur non avendo compiuto materialmente alcunché, viene punito come concorrente morale nel reato, ai sensi degli artt. 110 ss. c.p. Qualora l'istigazione non sia stata accolta e si sia trattato d'istigazione a un delitto, come stabilisce l'art. 115, ult. co., c.p., l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza perché la condotta istigativa è indice di pericolosità sociale. Regola analoga è prevista in tema di accordo per commettere un reato (art. 115, 2° co., c.p.).

Il legislatore esclude in via generale la punibilità dell'istigazione perché, in ossequio a principi irrinunciabili di ogni ordinamento penale che non voglia assurgere a strumento di un sistema illiberale, sceglie di rimanere strettamente ancorato al **diritto penale del fatto**, ad un diritto penale, cioè, che punisce non idee, ma offese concrete di beni suscettibili di percezione ed apprensione da parte dei consociati. Assegnare rilevanza penale ad un'idea, ad un modo di pensare, e alla sua manifestazione esterna comporta un rischio liberticida per la società perché va a minare i presupposti del vivere insieme degli uomini. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che la libertà di espressione è a fondamento della società democratica ed è condizione per il compimento della personalità individuale (“*each individual's self-fulfilment*”). I limiti imposti alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 10, par. 2, CEDU non costituiscono mai la regola, bensì l'eccezione, che deve risultare proporzionata e adeguata agli scopi di tutela: la parola pubblicamente pronunciata, pertanto, non può essere libera solo quando è inoffensiva o verte su di un tema indifferente, ma, in un contesto pluralista e tollerante, deve essere garantita – come si legge nella sentenza *Handyside v. United Kingdom* del 1976³ – anche se le idee offendono, provocano *shock* o disturbano (“*offend, shock or disturb*”). Da ciò discende che le eventuali restrizioni alla libertà di espressione, se risultano necessarie per tutelare altri beni meritevoli di protezione, devono essere previste tassativamente (“*construed strictly*”) e devono essere conformi a un canone di

³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Handyside v. the United Kingdom*, Application no. 5493/72, 7-12-1976, par. 49, in cui pure si afferma che «*every “formality”, “condition”, “restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued*».

ragionevolezza (letteralmente, di “credibilità”: “*the need for any restrictions must be established convincingly*”)⁴.

Chi istiga altri a commettere reati può essere persona deplorable dal punto di vista morale, ma di fronte a tali fenomeni (salvo, come si dirà, casi eccezionali), lo Stato, nell’esercizio del potere di legiferare e di dare giustizia, “fa un passo indietro” e affida alla società civile il compito di attivare gli opportuni anticorpi, nel libero confronto (o anche scontro) di idee.

Tali principi fondamentali sono talmente fondanti la vita sociale che neppure il legislatore del 1930 vi ha rinunciato, prevedendo, appunto, la irrilevanza penale delle condotte di istigazione all’art. 115 c.p. Se questa è la regola generale, lo stesso articolo in apertura contiene, tuttavia, anche una clausola di “salvezza”, in virtù della quale il legislatore si riserva di dare rilevanza penale all’istigazione a commettere un reato, quale eccezione alla regola generale.

Occorre a questo punto prendere contezza di un ulteriore dato: sebbene nel nostro ordinamento penale, nel rispetto dell’art. 115 c.p., siano vigenti norme incriminatrici che, a fronte di fatti particolarmente gravi, puniscano le condotte che istigano alla commissione di tali fatti prescindendo dal requisito della pubblicità della condotta⁵, perlopiù l’ordinamento penale bilancia la deroga alla regola di garanzia fissata dall’art. 115 c.p. richiedendo espressamente che la condotta di istigazione sia commessa pubblicamente. Si pensi soprattutto all’art. 414 c.p., che punisce l’istigazione a delinquere. In tale fattispecie, per espresso dettato della norma incriminatrice, l’istigazione a commettere un reato deve, appunto, essere **pubblica**⁶. Lo stesso modello di incriminazione è previsto dall’art. 415 c.p., in cui è sanzionata l’istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico, quale delitto contro l’ordine pubblico che deve essere consumato pubblicamente. La Corte di cassazione ha ritenuto, ad es., in

⁴ Tra le molte, cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 15-10-2015, par. 196, lett. i).

⁵ Si pensi all’art. 302 c.p., che punisce l’istigazione alla commissione di delitti contro la personalità dello Stato; l’art. 322 c.p., che punisce l’istigazione alla corruzione attiva e passiva; all’art. 212 c.p.m.p., che punisce l’istigazione a commettere reati militari. In tutti questi casi la norma incriminatrice non richiede la pubblicità della condotta.

⁶ L’art. 414 c.p. prevede, al 1° co., n. 1), che l’istigazione sia punita con la reclusione da 1 a 5 anni se si tratti di istigazione a commettere un delitto e, al n. 2), che la condotta sia punita con la reclusione fino a 1 anno o in alternativa con la multa fino a € 206 se l’oggetto dell’istigazione è la commissione di una contravvenzione. L’art. 414, 3° co., c.p. sanziona altresì l’apologia di delitto e anche per tale fattispecie richiede espressamente il requisito della pubblicità.

una delle più recenti applicazioni dell'art. 415 c.p., che il delitto di istigazione a disobbedire alle leggi sia integrato dalla diffusione, mediante emittenti radiofoniche, di messaggi intesi a suggerire agli ascoltatori condotte contrarie a norme del codice stradale e gravemente pericolose per la pubblica incolumità, quali non indossare le cinture di sicurezza, guidare ubriachi, non rispettare i limiti di velocità (C., Sez. I Sent., 10.6.2010, n. 26843)⁷.

Nel 2012, con la l. n. 172, in attuazione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 2007 (Convenzione di Lanzarote), il legislatore italiano ha previsto una ipotesi speciale di pubblica istigazione e apologia, inserita nell'art. 414 bis c.p. Si tratta dell'istigazione e dell'apologia a pratiche di pedofilia e di pedopornografia, punite con la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 5 anni. Per tali delitti non possono peraltro essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume.

Gli artt. 414, 414 bis e 415 c.p. prevedono, come risulta dalla loro stessa collocazione nel Titolo V del Libro II c.p., delitti contro l'ordine pubblico e richiedono espressamente, come si è detto, quale elemento costitutivo della fattispecie, il requisito della pubblicità della condotta⁸. Pur trattandosi di un modello di tutela anticipata rispetto alla commissione del reato istigato, la *ratio* di tutela è in questo caso fermamente ancorata all'esistenza di un pericolo concreto per la commissione di fatti offensivi per il bene comune (quali sono i reati) perché a) la comunicazione non può rimanere circoscritta ad un ambito privato e b) deve cagionare un reale pericolo di commissione dei reati.

Di recente, ancora intervenendo sull'interpretazione dell'art. 414 c.p., la Corte di cassazione ha precisato che il comportamento dell'agente

⁷ L'art. 415 c.p. prevede, oltre alla istigazione a disobbedire a leggi di ordine pubblico, l'istigazione all'odio tra le classi sociali. Corte cost., n. 108/1974 ha ritenuto costituzionalmente illegittima – per contrasto con l'art. 21 Cost. – la disposizione contenuta nell'art. 415 c.p. riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

⁸ Con riferimento, poi, alla condotta di apologia, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 65 del 1970, ha ritenuto che non sia fondata, in riferimento all'art. 21, 1° comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 414, ult. co., c.p., dato che l'apologia punibile non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che, per le sue modalità, integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti.

deve determinare il rischio effettivo della consumazione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato (C., Sez. VI, 18.4-17.7.2019, n. 31562, in un caso di pubblicazione su un sito *internet* di scritti contenenti espressioni offensive nei confronti della vittima di un attentato terroristico). Il reato di istigazione è, pertanto, figura di pericolo concreto, che richiede l'accertamento di un comportamento concretamente idoneo, sulla base di un giudizio *ex ante*, a provocare la commissione di delitti (C., Sez. V, 12.9-27.11.2019, n. 48247).

Diversamente dal modello di incriminazione utilizzato negli artt. 414, 414 bis e 415 c.p. (oltre che in altre fattispecie), l'art. 604 bis c.p. nella parte in cui punisce condotte istigatorie presenta già allo stato attuale forti tensioni con il principio del diritto penale del fatto perché, nel tipizzare la condotta punita, non richiede la pubblicità della condotta, che rappresenta invece un elemento costante delle istigazioni che assurgono a delitti contro l'ordine pubblico.

Nonostante i ripetuti interventi sull'art. 3, l. n. 654/1975, di cui si è dato conto in apertura, ad oggi nell'art. 604 bis c.p. (che, come più volte si è detto, ha inserito nel codice penale le norme incriminatrici fino al 2018 contenute nell'art. 3, l. n. 654/1975), il Parlamento italiano non ha mai inserito il requisito della pubblicità della condotta, dando un chiaro segnale di non voler qualificare la condotta punita secondo il modello di una pubblica istigazione a delinquere delineato in via generale dall'art. 414 c.p.

Un esame rigoroso del modello di incriminazione scelto nel 1975, confermato sul punto nel 1993 con il decreto Mancino e nel 2006 con la l. n. 85 sui reati di opinione, consente di affermare che le condotte di istigazione oggi previste dall'art. 604 bis, 1° co., lett. a) e lett. b) non solo rappresentano una deroga alla regola generale fissata dall'articolo 115 c.p., ma addirittura ne costituiscono una deroga per così dire "aggravata" proprio per la ragione che non richiedono il carattere della pubblicità. Ne discende che, in assenza di pubblicità, l'istigazione a commettere atti discriminatori non violenti (art. 604 bis, 1° co., lett. a) o atti discriminatori violenti (lett. b), finisce per assumere i tratti di un delitto di pericolo astratto, in cui, ai fini della punibilità, non è richiesto l'accertamento della effettiva messa in pericolo, nel singolo caso concreto, del bene protetto.

I rilievi fin qui svolti non possono non far percepire al Parlamento italiano chiamato a vagliare le p.d.l. in materia di omofobia il peso di una gravosa responsabilità poiché l'estensione della portata applicativa dell'art.

604 bis c.p. comporterebbe una ulteriore riduzione di uno spazio di garanzia stabilito come regola generale dall'art. 115 c.p., che sancisce la irrilevanza della istigazione alla commissione di un fatto di reato. Un eventuale intervento estensivo della punibilità sarebbe ancora più significativo se si considera che tale regola di garanzia è tanto importante da essere stata ritenuta irrinunciabile financo sotto un regime autoritario che sancì, con l'approvazione del codice penale del 1930, la primazia dello Stato su interessi e beni individuali. Pur nel perseguire un simile obiettivo di politica criminale, il legislatore italiano, neppure nel tempo dell'apogeo del regime fascista, rinunciò alla regola che esclude la rilevanza penale delle condotte istigative e la consacrò all'art. 115 c.p.

Quanto fin qui detto evidenzia, invero, la grave criticità già esistente del modello di incriminazione scelto nel 1975, confermato nel 1993 e nel 2006, in materia di tutela penale antirazzista. Senza poter indugiare oltre, si osservi che persino per il delitto di genocidio, considerato dalle corti penali internazionali il delitto più grave che l'uomo possa commettere (c.d. "*crime of crimes*"), il legislatore italiano nel punire l'istigazione ha fatto riferimento al modello di cui all'art. 414 c.p., prevedendo, infatti, espressamente il requisito della pubblicità. Non così è avvenuto per il razzismo.

La vera esigenza, pertanto, non è oggi quella di estendere la portata applicativa degli artt. 604 bis e 604 ter c.p., ma quella di riportarla in equilibrio con il principio irrinunciabile del diritto penale del fatto, intervenendo in senso restrittivo e non estensivo della punibilità.

b) Violazione del requisito di sufficiente determinatezza della formulazione della norma penale, con particolare riferimento alla condotta di discriminazione non violenta di cui all'art. 604 bis, 1° co., lett. a), c.p.

Le gravi criticità suesposte rispetto ad un diritto penale ispirato a criteri di garanzia sono altresì acute se si considerano le tensioni che le varie p.d.l. innescano con il requisito di sufficiente determinatezza della norma incriminatrice, corollario della legalità penale (art. 25, 2° co. Cost.). Tale corollario, come noto, è posto a salvaguardia della conoscibilità *ex ante* della norma penale (e quindi delle condotte vietate) e svolge una

irrinunciabile funzione di libertà, posto che, in sua assenza, il giudice potrebbe attribuire alla norma un significato del tutto discrezionale e variabile, riconducendo sotto la stessa situazioni di vita non prevedibili, con sostanziale violazione dell'eguaglianza di fronte alla legge (art. 3 Cost.) e della stessa irretroattività della legge penale (art. 25, 2° co., Cost.).

A tal proposito rimane insuperato l'insegnamento offerto della Corte costituzionale con la sentenza n. 96 del 1981 che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 603 c.p. In quell'occasione, il giudice delle leggi affermò che compito della legge penale è *“determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. [...] E pertanto nella dizione dell'art. 25 [Cost.] che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà”*.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che il principio del *no punishment without law* di cui all'art. 7 CEDU richieda il rispetto dei due corollari dell'*accessibilità* del precetto e della *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie della propria condotta.

La forte tensione dell'art. 604 bis c.p. con il principio di determinatezza in materia penale si pone soprattutto con riferimento alle condotte di istigazione alla discriminazione e alle condotte di discriminazione non violenta. Si noti, infatti, come l'art. 604 bis c.p. già oggi va a colpire con lo stigma della pena criminale condotte altrimenti penalmente lecite esclusivamente perché motivate su base razziale, religiosa, nazionale e religiosa.

Qual è, allora, la discriminazione non violenta che assurge a fatto di reato?

Per dare un significato al concetto di discriminazione si è proposto, come anche si legge nella relazione alla p.d.l. A.C.868, di attingere all'art.

43, T.U. imm., dove si prevede che “*costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*”. Tale definizione, però, non può applicarsi alle fonti in esame perché lo stesso art. 43 prevede che essa valga “*ai fini del presente capo*” (e, quindi, neppure nell’ambito di tutto il T.U. imm. in cui è contenuta).

Si potrebbe, allora, invocare la definizione di discriminazione contenuta nella Convenzione Onu contro il razzismo del 1965, nel cui art. 1 si stabilisce che l’espressione “*‘discriminazione razziale’ sta ad indicare ogni distinzione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*”. Anche l’applicabilità di tale norma è, tuttavia, assai dubbia perché la Convenzione Onu detta una disciplina *ad hoc* contro la discriminazione razziale. Analoga considerazione vale per la dir. 2000/43/CE che offre una definizione di discriminazione relativa al razzismo e per la dir. 2000/78/CE che sancisce sì un divieto di discriminazione anche per ragioni connesse all’orientamento sessuale, ma è espressamente riferita alle condizioni di lavoro.

A prescindere da questi elementi, che evidenziano la difficoltà di rinvenire una definizione legale certa di discriminazione applicabile all’art. 604 bis c.p., occorre dire che il concetto di discriminazione si basa normalmente su due elementi: uno *oggettivo*, consistente nel diverso trattamento di persone che presentano un determinato carattere (razziale, nazionale, sessuale, etnico, religioso, ecc.), e uno *soggettivo*, riferibile alle finalità del diverso trattamento, messo in atto per danneggiare la persona che presenta quel determinato carattere, ad es. per impedirle l’esercizio di un diritto.

Il concetto di discriminazione contenuto nell’art. 604 bis c.p., non essendo corredato da altri elementi che rilevino sul piano della materialità

dell'azione punita, si presenta fortemente indeterminato. A ben vedere, infatti, si tratta di un comportamento in cui il *discrimen* tra lecito/illecito è tutto incentrato sulla **finalità perseguita dall'autore**, posto che uno stesso comportamento, in assenza di siffatta finalità, è **lecito**. A ciò si aggiunge un ulteriore problema, cioè se rilevi sotto l'art. 604 bis c.p. qualsiasi trattamento diverso commesso per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o se la discriminazione penalmente rilevante debba eventualmente aggiungere una nota di disvalore rispetto alla discriminazione che rilevi per altri ambiti dell'ordinamento.

Se il quadro si presenta allo stato assai confuso, l'aggiunta di un ulteriore motivo discriminatorio ai quattro già considerati dall'art. 604 bis c.p. non farebbe che incrementare il grado di indeterminatezza della norma, collocandola in una zona "rossa" rispetto all'art. 25, 2° co., Cost. (principio di legalità, di cui la determinatezza del precetto è un corollario) e all'art. 7 CEDU (*no punishment without law*).

La circostanza che esistano soluzioni antitetiche a proposito della rilevanza penale di due noti esempi, ripresi anche nella relazione alla p.d.l. A.C.868, conferma la grave preoccupazione qui espressa, vale a dire che, con totale sacrificio dei requisiti di accessibilità del precetto e prevedibilità della sanzione (art. 7 CEDU), la portata della norma incriminatrice sia tutt'altro che conoscibile *ex ante*. Si tratta dell'esempio della madre che si oppone al matrimonio della figlia con una persona che pratica comportamenti bisessuali e del padre che si rifiuta di locare o dare in comodato l'appartamento al figlio che vuole andarvi a convivere con il compagno. Personalmente, ove fosse estesa la portata dell'art. 604 bis c.p. nel senso indicato dalle p.d.l., non avrei dubbio nell'affermare che le due condotte dei genitori sopra descritte rientrerebbero nel precetto e sarebbero sanzionabili. Infatti, l'unica ragione che induce i due genitori a comportarsi in modo diverso da come avrebbero altrimenti fatto, è data dall'orientamento sessuale del figlio. Al contrario, nella relazione alla p.d.l. A.C.868 si esclude categoricamente che siffatte ipotesi ricadano sotto la norma incriminatrice novellata. Non intendo approfondire il dibattito; mi preme qui solo porre all'attenzione delle SS.LL. come il fatto stesso che esistano argomenti per sostenere entrambe le soluzioni è, per l'appunto, prova che il precetto è indeterminato. Chi potrà sapere quale soluzione sceglierà il giudice chiamato a decidere?

c) L'applicabilità delle disposizioni antirazziste "secondarie" ai c.d. reati di omofobia

Ancorché le modifiche oggetto delle p.d.l. operino sugli artt. 604 bis e 604 ter c.p., l'estensione del precetto penale ai c.d. reati di "omofobia" comporta l'applicazione agli stessi di ulteriori disposizioni di diritto sostanziale e processuale contenute nel d.l. n. 122/1993 conv. Si tratta di norme che aggravano ulteriormente la repressione dei reati puniti dagli artt. 604 bis e 604 ter c.p., acuendo in tal modo le criticità circa la scelta di introdurre le norme penali in analisi⁹.

Sul piano del *diritto sostanziale*, si applicherebbero anche all'omofobia le attuali norme previste per la repressione del razzismo in materia di **pene accessorie** (art. 1, d.l. n. 122/1993 conv.), di **disposizioni di prevenzione** (art. 2, d.l. n. 122/1993 conv.) e di **sospensione cautelativa dell'attività associativa** (art. 7, d.l. n. 122/1993 conv.). Sul piano del diritto processuale, si applicherebbero le disposizioni in materia di **perquisizioni e sequestri** (art. 4, d.l. n. 122/1993 conv.) nonché le **altre disposizioni processuali** dell'art. 6, d.l. n. 122/1993 conv.

Non potendo compiere in questa sede un'analisi dettagliata di tutte le norme qui richiamate e rinviando alla lettura del testo del d.l. n. 122/1993 conv., ci si soffermerà brevemente sulle **pene accessorie**, disposte, ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 122/1993 conv., in caso di condanna per un delitto di cui all'art. 604 bis c.p. Si tratta delle seguenti pene:

- a) obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-ter;
- b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno;

⁹ Dal punto di vista normativo, la ragione per cui le norme contenute nel d.l. n. 122/1993 conv. troverebbero applicazione anche ai fatti di omofobia si rinviene nell'art. 8, D.Lgs. n. 21/2018, che, al 1° co., stabilisce che «... i richiami alle disposizioni abrogate dall'articolo 7, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del codice penale come indicato dalla tabella A allegata al presente decreto».

c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere;

d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni.

Sul tema delle pene accessorie, la p.d.l. A.C.107, Boldrini, Speranza (presentata prima del D.Lgs. n. 21/2018) prevede l'introduzione di un nuovo art. 1-bis al d.l. n. 122/1993 conv. dedicato alla disciplina dell'**attività non retribuita a favore della collettività**. Tuttavia, anche tale p.d.l. risulterebbe inadeguata; infatti, come gli studiosi del tema hanno già evidenziato con riferimento all'art. 1, co. 1 bis, lett. a), d.l. n. 122/1993 conv. (che prevede, per l'appunto, la pena accessoria dell'attività non retribuita a favore della collettività), la norma che consente al giudice di irrogare la condanna a svolgere un'attività di lavoro non retribuito, senza il consenso dell'interessato, si porrebbe in contrasto con il divieto di lavori forzati di cui all'art. 4 CEDU¹⁰. Già con riferimento alla disciplina antirazzista si è detto inoltre che, a differenza di quanto avviene per il lavoro-pena sostitutiva, si tratterebbe in questo caso di un lavoro-pena afflittiva, volto a perseguire una funzione di stigma *“nel senso che la sua imposizione verrà normalmente ‘sentita’ dal condannato (in misura maggiore di quanto non accada per le più ‘blande’ sanzioni interdittive consistenti in un mero divieto di determinate attività), come un plus di limitazione e di ‘coartazione’ ulteriore alla propria sfera di libertà, destinato a ‘sommarsi’ alla privazione sofferta a seguito della condanna principale già interamente scontata”*¹¹.

Questa disciplina appare, pertanto, già ora inadeguata al dettato costituzionale e una sua estensione a fattispecie di nuovo conio non farebbe altro che esasperarne tali caratteri.

¹⁰ Cfr. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *LP*, 1994, II, 199-200.

¹¹ Cfr. *ivi*, 196.

d) Conclusioni

Nel volgere alle conclusioni, al fine di avvalersi di taluni indicatori che possono orientare il legislatore nelle scelte *de jure condendo*, è utile riprendere i principi della giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo in materia di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero (art. 10 CEDU). È, infatti, su tale diritto che andrebbero a incidere principalmente le norme repressive di condotte potenzialmente riconducibili alla istigazione alla discriminazione non violenta. Oltre a quanto si è già ricordato a proposito della formula ricorrente nella sentenza *Handyside v. United Kingdom* del 1976, in cui la Corte EDU afferma che è proprio di una società pluralista che siano lasciate libere anche le idee che offendono, provocano *shock* o disturbano («*offend, shock or disturb*»), la disciplina sovranazionale enuclea le seguenti ulteriori regole che devono essere osservate dal legislatore nazionale:

- la previsione dell'art. 10, par. 2, CEDU, ove si richiede che le eventuali limitazioni alla libertà di espressione, per essere legittime, siano necessarie in una società democratica («*necessary in a democratic society*»), è da intendersi nel senso che, per limitare la libertà di espressione, deve esistere una esigenza sociale pressante di tutela («*existence of a pressing social need*»)¹²;

- quando i limiti alla libertà di espressione investono temi politici o temi di interesse pubblico (come certamente avviene nel caso del discorso sui comportamenti sessuali), le limitazioni di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, che già costituiscono un'eccezione alla regola, sono sottoposte ad un vaglio di liceità aggravato¹³;

- per potersi imporre limitazioni legittime alla libertà di espressione di fronte al c.d. “discorso d'odio” («*hate speech*»), le dichiarazioni vietate devono essere pronunciate in un contesto di alta tensione politica e sociale¹⁴ oppure devono costituire, valutate tutte le modalità e circostanze, un incitamento alla violenza o una giustificazione della violenza, dell'odio o dell'intolleranza¹⁵.

¹² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 196, lett. ii) e i precedenti ivi richiamati.

¹³ Cfr. *ivi*, par. 197. Nello stesso senso v. *Wingrove v. The United Kingdom*, Application no. 17419/90, 25-11-1996, par. 58; ID., Grande Camera, *Ceylan v. Turkey*, Application no. 23556/94, 8-7-1999, par. 34.

¹⁴ Cfr. ID., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 205.

¹⁵ Cfr., ad es., *ivi*, par. 206.

Anche alla luce di tali indicazioni sovranazionali, per gli aspetti che sono stati qui presi in esame, si ritiene conclusivamente quanto segue:

- la norma penale che introducesse un reato di **discriminazione non violenta** per motivi *latu senso* omofobi sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 25, 2° co. Cost., perché carente sotto il profilo della determinatezza, dal momento che la condotta di discriminazione non violenta è una condotta tutta incentrata sui motivi che spingono il soggetto ad agire. Qualsiasi atto che ingeneri una diversità di trattamento potrebbe assurgere pertanto, a seconda della sensibilità del giudice del caso concreto, a condotta discriminatoria ai fini della legge penale, se riferibile a un motivo legato alla sfera sessuale della persona. Eventuali fatti di discriminazione non violenta non sono peraltro oggi privi di tutela, potendo trovare in tal caso applicazione il delitto di atti persecutori (*stalking*), punito dall'art. 612 bis c.p., che richiede esclusivamente la ripetizione di una condotta di molestia o minaccia, perpetrata in qualsiasi contesto della vita sociale. Parimenti già applicabile, ove sussistenti gli elementi costitutivi, l'art. 572 c.p., che punisce i maltrattamenti contro familiari e conviventi.
- La carenza anzidetta di determinatezza della nozione di discriminazione penalmente rilevante renderebbe altresì incostituzionale la punizione della **istigazione alla discriminazione non violenta** non solo per violazione dell'art. 25, 2° co. Cost., ma anche dell'art. 21 Cost. e dell'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 10, par. 2, CEDU (diritto alla manifestazione del pensiero). Infatti, i limiti alla libertà di espressione per la Corte EDU, anche quando opportuni, devono comunque essere individuati in modo chiaro e tassativo («*construed strictly*»). A ciò si aggiunge una ulteriore violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 10, par. 2, CEDU posto che, anche qualora l'istigazione alla discriminazione non violenta si configuri come discorso d'odio, la Corte EDU esige per la sua repressione che integri un incitamento alla violenza o a una giustificazione della violenza, dell'odio o dell'intolleranza.

- La p.d.l. A.C.2255, nella parte in cui propone la punibilità della **propaganda di idee** fondate sulla superiorità “*di genere*” è radicalmente incostituzionale per violazione degli artt. 3, 7, 19, 21, 29, 30 Cost. e dell’art. 117 Cost., con riferimento tanto all’*Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modifiche al Concordato lateranense del 18 febbraio 1984* (reso esecutivo con la l. 25 marzo 1985, n 121), quanto all’art. 10, par. 2, CEDU. La p.d.l. A.C.2255, infatti, impedirebbe qualsiasi manifestazione pubblica di **pensiero critico** sul tema della sessualità e finirebbe per punire allo stesso modo chi affermasse, ad es., che un certo comportamento sessuale (non solo l’eterosessualità, ma, si presti attenzione, la stessa omosessualità) sia più confacente allo sviluppo della personalità. Palese in questo caso la violazione del diritto di educazione (art. 30 Cost.) e di libertà religiosa (art. 19). Sul piano del diritto internazionale risulterebbe senz’altro violato l’Accordo del 1984 modificativo del Concordato lateranense del 1929. Infatti, l’art. 2 dell’Accordo del 1984 prevede: “*La Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del **magistero** e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica*”. I successivi 2° e 3° co. recitano: “*È ugualmente assicurata la reciproca libertà di comunicazione e di corrispondenza fra la Santa Sede, la Conferenza Episcopale Italiana, le Conferenze Episcopali regionali, i Vescovi, il clero e i fedeli, così come la libertà di **pubblicazione e diffusione** degli atti e documenti relativi alla missione della Chiesa. [3]. È garantita ai cattolici e alle loro **associazioni** e organizzazioni la piena libertà di **riunione** e di **manifestazione del pensiero** con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*”. È noto che il tema della sessualità è parte integrante dell’insegnamento morale della Chiesa cattolica, come di ogni altra confessione religiosa. La norma, come novellata dalla p.d.l. A.C.2255, sarebbe altresì incostituzionale per violazione dell’art. 117 Cost. con riferimento all’art. 10, par. 2, CEDU, di cui già si è sinteticamente esposta la

portata applicativa. La p.d.l. precluderebbe, infatti, ogni discorso pubblico contenente un giudizio di valore sul tema della sessualità, così violando la regola, discendente dall'art. 10, par. 2, CEDU, per cui sui temi di interesse pubblico gli eventuali limiti alla manifestazione del pensiero devono sottostare ad un vaglio aggravato di legittimità.

- La norma penale che introducesse un delitto di **violenza commessa per motivi inerenti all'orientamento sessuale** come fattispecie autonoma sarebbe quanto meno inopportuna sul piano della scelta di politica criminale. Infatti, ingenererebbe l'idea che l'integrità fisica della vittima di un delitto di violenza commessa per tali motivi sia un bene giuridico distinto dalla integrità fisica della persona in quanto tale. Peraltro, una siffatta individuazione autonoma del bene protetto esclusivamente in base ai motivi che inducono l'aggressore ad agire si presterebbe a sollecitare e a legittimare quel fenomeno, deleterio per la tenuta del sistema penale, della frammentazione atomistica dei beni protetti, che rende assai più complessa, da parte dei consociati, la comprensione del loro valore e la condivisione delle scelte punitive del legislatore. Preferibile, pertanto, che i fatti di violenza commessi per motivi inerenti alla sfera sessuale della persona siano puniti dalle norme di *diritto penale comune*, quali le lesioni (art. 582 c.p.) o, in assenza di malattia, le percosse (art. 581 c.p.). Il maggior disvalore rinvenibile nel compimento di una violenza per motivi inerenti alla sfera o all'orientamento sessuale della vittima potrà trovare la sua più opportuna collocazione sotto l'art. 61, n. 1., c.p., che comporta un aumento della pena fino a un terzo se il fatto è commesso per motivi abietti o futili.

Rimanendo a disposizione per eventuali richieste di chiarimento, si ringrazia per l'attenzione.

Torino-Roma, 8 giugno 2020

Carmelo Domenico Leotta