

Osservazioni relative alle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.

1. Tutte le proposte di legge all'esame della Commissione sono accomunate dalla introduzione di modifiche di alcune fattispecie relative ai c.d. reati di odio e alle relative aggravanti, già nelle vigenti versioni di dubbia legittimità costituzionale, con l'intento dichiarato (nel titolo dei singoli d.d.l., non invece nel dettato, come vedremo) di contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere.

Si prevedono poi pene accessorie e alcune misure amministrative per la garanzia della parità di trattamento, per l'ausilio alle vittime di condotte discriminatorie e per la sensibilizzazione collettiva nei confronti degli omosessuali, dei bisessuali e dei transessuali.

2. Considerato il brevissimo termine concesso, possono formularsi soltanto alcuni sintetici rilievi.

3. Per quanto attiene alla estensione della fattispecie incriminatoria di cui all'art. 604-*bis* c.p., conviene in primo luogo osservare che essa ha carattere residuale, essendo destinata ad applicarsi soltanto ove il fatto non costituisca più grave reato: ai moventi razziali, etnici, nazionali o religiosi, si vorrebbero ora aggiungere quelli fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.

3.1. La residualità smentisce quanto potrebbe indurre a ritenere la posizione della norma sotto la Sezione I-*bis* c.p. rubricata "Dei delitti contro l'eguaglianza": la disposizione non è posta a tutela della persona.

Ove infatti l'aggressione (attraverso l'istigazione alla commissione o la commissione di atti discriminatori e, ancora, la istigazione alla violenza o la commissione di violenza o provocazione alla violenza per le finalità negativamente stigmatizzate dalla disposizione in parola) attingesse la soglia della violazione di una concreta sfera giuridica soggettiva, individuale o collettiva, si avrebbe il presidio dei precetti sanzionatori ai quali l'ordinamento attribuisce anteriorità logico-sistemica.

3.2. Sotto tale profilo, i dubbi che già si pongono, in rapporto all'art. 25 Cost., avuto riguardo alla estrema genericità dei parametri (suppostamente) valoriali di riferimento (*orientamento sessuale e identità di genere*, cui soltanto la proposta a firma degli on.li Boldrini e Speranza cerca significativamente di porre rimedio, ma attraverso il rinvio ad altri elementi parimenti molto ampi o a manifestazioni comportamentali di carattere "accennato" o troppo lato), si aggravano, avuto specifico riguardo alla fattispecie di cui all'art. 604-*bis*, co. 1, lett. a), c.p. poiché le condotte che si vogliono incriminare integrano esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

Per quanto attiene invece all'art. 604-*bis*, co. 1, lett. b), c.p. l'indeterminatezza degli elementi suddetti ridonda in ampia discrezionalità di apprezzamento e valutazione del giudice, che non può certo trovare tranquillante limitazione nel richiamo a più o meno individuati orientamenti giurisprudenziali.

3.3. Alla luce di quanto si è appena accennato, emerge che le iniziative legislative in esame, quanto alla modifica dell'art. 604-*bis*, co. 1, lett. a) (o le altre fattispecie analoghe), si rivelano volte alla tutela, con anticipazione della soglia di pericolo, di un ordine ideale e normativo, per come poi specificamente apprezzato e ricostruito in sede giudiziale: l'obiettivo è cioè quello di inibire condotte che, pur non ledendo l'orientamento sessuale o la c.d. identità di genere in quanto profili della personalità individuale ovviamente anche nelle sue proiezioni sociali, per il sol fatto della loro commissione, e pur senza necessità che attingano la soglia della turbativa dell'ordine pubblico c.d. materiale.

3.4. L'incriminazione del comportamento in sé di chi (evidentemente con manifestazioni di pensiero o con comportamenti significativi sempre ai sensi dell'art. 21 Cost.) discrimini o istighi (o, addirittura, nella versione del d.d.l. n. 107 *incita*) a discriminare per ragioni legate all'orientamento sessuale o all'identità di genere, tanto più in assenza di un *evento* costitutivo della fattispecie, assume con ogni evidenza il carattere di un reato di opinione, volto, con il più duro strumento repressivo (nel caso del cit. d.d.l. n. 107 si propone addirittura di infliggere esclusivamente la pena della detenzione) a governare la libera formazione delle idee e dei giudizi, radicalmente estromettendoli dall'ambito del lecito, con una pretesa di controllo delle coscienze essa sì assolutamente incompatibile con la trama ideale e con il complesso dei principi costituzionali.

È il caso peraltro di sottolineare che i disegni di legge che qui interessano, a dispetto dei relativi titoli, non prevedono la punizione delle condotte suddette se ed in quanto espressive di convincimenti omofobi o comunque contrari ad orientamenti non eterosessuali, bensì per la sola circostanza che si tratti di espressioni od atti discriminatori sulla base di giudizi relativi alla sfera sessuale, senza distinguere (ciò che del resto è di dubbia legittimità, in base all'art. 21 Cost., e comunque di non meno dubbia praticabilità) l'ipotesi, ad es., di un discorso critico ed argomentato che ragionatamente concluda patrocinando la discriminazione, in quanto ritenuta negativa, di orientamenti sessuali e di genere.

Si tratta di una inammissibile compressione del diritto *ex art. 21 Cost.*, la cui *ratio*, è appena il caso di rammentare, nella tutela del pensiero dissenziente e della sua libera formazione.

Violazione tanto più grave poiché, combinandosi, come si è avuto modo di vedere, con la deroga ai criteri di tassatività e di determinatezza di cui all'art. 25 Cost., assume quasi le fattezze di uno strumento di amministrazione di polizia attribuito alla competenza degli uffici giudiziari.

3.5. Per quanto attiene invece alla fattispecie criminosa di cui all'art. 604-*bis*, co. 1, lett. b), c.p., si possono formulare rilievi critici in ordine alla genericità della fattispecie, configurata in modo tale che la condotta istigativa possa anche in tal caso risolversi in un comportamento meramente espressivo di un pensiero, ancorché con caratteri esteriori particolarmente esuberanti e di contenuto particolarmente sgradevole, non rivolti tuttavia a provocare la commissione di reati (figura per la quale com'è noto vige l'art. 414 c.p.), pur incitando altri a condotte violente: si profila anche in proposito il rischio di un ideologico arretramento della soglia di tutela, che il fraseggio normativo non permette oltretutto di distinguere nettamente dalla previsione di cui alla precedente lett. a).

4. Conferma di quanto si è sin qui venuto dicendo è data dalle proposte di aggiungere anche al secondo comma dell'art. 604-*bis* c.p. il riferimento all'orientamento sessuale o all'identità di genere, per infliggere pene particolarmente severe anche per il solo fatto di promuovere, costituire o partecipare ad associazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi legati all'orientamento sessuale o all'identità di genere.

Avuto riguardo all'incitamento alla discriminazione, possono richiamarsi le perplessità già formulate, alle quali va aggiunta la prospettazione della violazione dell'art. 18 Cost.: l'interdizione alla formazione di aggregazioni più o meno organizzate che condividano valutazioni e giudizi discriminatori legati alla sfera degli orientamenti sessuali e di genere conferma la volontà di estromettere tali temi dalla comunicazione sociale, inibendone, quasi fosse *nefas*, ogni declinazione distintiva.

5. In conclusione, è fondato il sospetto che gli atti di iniziativa legislativa costituiscano un tentativo di torcere i mezzi di difesa penale (che, alla luce dei principi costituzionali, dovrebbero sempre rigorosamente attenersi al c.d. diritto penale del fatto) ad uno scopo "pedagogico", come dimostrano le gravi lacune delle modifiche proposte (e già prima dello stesso art. 604-*bis* e delle disposizioni analoghe) quanto ai criteri della offensività e della determinatezza, a mitigare le quali non può certo giovare l'evocazione delle decisioni delle corti italiane e straniere in materia di tutela dei più diversi orientamenti sessuali e della c.d. identità di genere.

È del resto significativo che in tali proposte di legge appaiano anche istituti estranei al diritto punitivo, con funzioni di presidio *lato sensu* educativo e preventivo.

Mario Esposito