DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

OMOFOBIA E DIRITTO PENALE: AL CONFINE TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E TUTELA DI SOGGETTI VULNERABILI

Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea

di Francesca Pesce

SOMMARIO: 1. Omofobia e politica criminale. – 2. Uno sguardo in Europa. – 3. Italia: l'evoluzione legislativa. – 4. Il D.d.l. Scalfarotto: evoluzione o involuzione? – 5. Conclusioni. – 6. Una ulteriore riflessione: le prospettive auspicabili.

1. Omofobia e politica criminale.

L'omofobia e la transfobia non sono affatto fenomeni nuovi, ma l'eco mediatica degli episodi che hanno colpito il nostro Paese negli ultimi anni ha provocato oltre ad un elevato livello di apprensione sociale, anche l'attenzione della classe politica rispetto a questi delicati temi.

Affrontare il problema, già da tempo denunciato dalle associazioni a tutela delle persone lesbiche, omosessuali, transessuali e bisessuali, sembra ormai ineludibile.

Il tema delle discriminazioni perpetrate a danno di persone LGTB è certamente un indicatore di qualità del livello di civiltà e "modernità" culturale di una società che si vuole definire libera e pluralista, nella quale la diversità dovrebbe rappresentare un valore, e non qualcosa da "tollerare" o addirittura discriminare.

Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale rappresentano, inoltre, un forte stimolo per continuare a riflettere sul tema della laicità dello Stato e sul perenne, mai sopito, delicatissimo problema dei rapporti tra diritto penale ed etica[1].

Ci si interroga, invero, sull'opportunità e la ragionevolezza dell'utilizzo dello strumento penale nel contrasto di tali condotte[2]: il ricorso al sistema sanzionatorio penale per la tutela delle vittime di questi comportamenti assurti a reato, spesso determina un conflitto, difficilmente contemperabile, fra beni giuridici fondamentali di

---

[1] DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori,* 2011, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica, 14 maggio 2012.

[2] GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2013, p. 418.

 (cc) BY-NC-ND 2010-2015 Diritto Penale Contemporaneo

matrice costituzionale quali la libera manifestazione del pensiero[3], il principio di determinatezza e il principio di offensività.

Ed infatti, incriminare condotte per la loro componente omofobica o per il loro "movente" omofobico comporta, nei casi in cui la condotta del soggetto agente non si connoti per l'uso della violenza fisica, l'elevato rischio di "scivolare" verso la "configurazione" di veri e propri reati di mera opinione: si pensi a tal proposito al perseguimento della diffusione di idee omofobiche o dell'istigazione a porre in essere discriminazioni fondate sugli orientamenti sessuali delle persone, che prescinda dall'effettiva idoneità di tali condotte a far conseguire concretamente il compimento di atti discriminatori[4].

Se è indubbio che l'area del penalmente rilevante dovrebbe avere confini che ne evidenzino la necessarietà per contrastare condotte di riconoscibile lesività, è altrettanto evidente tuttavia che negli ordinamenti moderni vi è stata una tanto notevole quanto discutibile espansione dei campi d'intervento penale, che talvolta esorbita tali confini[5].

Tale fenomeno è dovuto a molteplici ragioni, in particolare, alla crescente complessità sociale e all'utilizzazione del diritto penale come potente strumento autoreferenziale alla legittimazione politica sia nella direzione del ricercare l'approvazione dei consociati, sia nella direzione del consolidare il consenso elettorale.

L'ostentata severità o la cosiddetta strategia della "tolleranza zero" rispetto a determinati fenomeni sociali sono strumenti legislativi utilizzati da "politiche della paura", ove il diritto penale è sguainato come una spada dal fodero, nella più classica immagine della Giustizia, al fine di ottenere un consenso sociale non completamente informato.

È la pronta ed immediata risposta che il "fronte" politico istituzionale offre ad una società che esige rassicurazioni perché terrorizzata o indignata a causa di allarmismi, talvolta artificiosamente creati o strumentalmente ingigantiti.

Il diritto penale che ne deriva è un diritto politicamente sovraesposto e ipertrofico utilizzato per sopperire alla crisi della politica, della morale e di tutti gli altri strumenti di controllo socio-culturale[6].

---

[3] Sul tema del rapporto fra libertà d'espressione e reati di opinione si veda SPENA, *Libertà d'espressione e reati di opinione*, Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 689 ss.

[4] DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, pp. 24-37.

[5] Si pensi anche al "diritto penale d'emergenza" che si caratterizza per il collegamento con l'emergenza quale requisito di operatività delle relative fattispecie penali (VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 669); si pensi inoltre al diritto penale del nemico caratterizzato per l'anticipazione della soglia della punibilità, la notevole sproporzione della reazione sanzionatoria ed infine la relativizzazione o l'eliminazione di determinate garanzie processuali (JAKOBS, *Diritto penale del nemico,* in AA.VV. Diritto penale del nemico (a cura di) DONINI, PAPA, Milano, 2007, pp. 5 ss.; DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in Cass. pen., 2006, p. 772; FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura DI BERNARDI, PASTORE, PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 161.

[6] Come la famiglia, la scuola, le associazioni, la democrazia, la religione, il sistema giuridico ecc.

Alla logica dell'*extrema ratio*, dunque, riconosciuta l'assenza più o meno consapevole di altre Istituzioni statali, sia giuridiche che non, succede, in un fenomeno di politica giudiziaria fin troppo noto, l'apertura deformata verso spazi in cui il diritto penale acquisisce un ruolo di supplente con una sempre più necessaria tendenza espansiva vista la sua "cartacea" capacità reattiva.

I crimini perpetrati contro persone LGTB rappresentano certamente dei fatti molto gravi a causa del profondo disvalore attribuito all'odio omofobico che li permea e li connota con cupe cromie: si tratta di "delitti speciali" perché l'agente traduce in un fatto già di per sé riprovevole, una spinta emotiva omofobica già diffusa nella società "civile" e talvolta, purtroppo, addirittura "istituzionalizzata"[7]. Né il clima sociale, né quello istituzionale, infatti, spesso disapprovano in modo deciso i sentimenti omofobici che permeano tali condotte illegali, rendendoli plausibili ed accettabili e talvolta addirittura promuovendoli. Attraverso la discriminazione presente nelle nostre istituzioni come la Chiesa, la scuola, la televisione, la famiglia, ecc., pur non intendendo discriminare in modo diretto, si diffonde la convinzione scontata ed erroneamente ovvia che le "uniche" persone "normali" siano quelle eterosessuali senza la benché minima consapevolezza delle conseguenze dannose di tali atteggiamenti.

L'odio verso alcune categorie di persone non è quindi un fenomeno a sé stante, riferibile a specifici singoli: esso esprime un preoccupante approccio culturale, *rectius* ideologico, più ampio e diffuso, nei confronti di alcune realtà sociali, come quella omosessuale.

Quanto al concetto di discriminazione, esso, in generale, indica una disparità di trattamento rispetto ai fondamentali principi di uguaglianza, perpetrata nei confronti di persone specificatamente individuate che vedono ridurre le proprie possibilità di partecipazione sociale, culturale, economica e politica a causa di alcune caratteristiche personali come l'età, l'identità di genere, l'appartenenza a un'etnia, il credo religioso, l'orientamento sessuale.

Ogni forma di discriminazione trova la propria matrice in un atteggiamento sociale che normalmente si fonda su modelli culturali, credenze, stereotipi e pregiudizi che incidono, più o meno pesantemente, sulle vite delle cosiddette minoranze.

Gli atteggiamenti pregiudizievoli che creano disparità di trattamento si distinguono in discriminazioni dirette e indirette.

La discriminazione diretta si esplicita laddove, sulla base di determinate caratteristiche (quali ad esempio l'orientamento sessuale o l'identità di genere) e senza alcuna giustificazione, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione analoga.

La discriminazione indiretta si sostanzia quando determinate regole o prassi apparentemente neutre possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone di un determinato "gruppo"[8].

---

[7] WINKLER, STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, pp. 109-110.

[8] Un esempio, fornito in http://www.cassero.it/wp-content/uploads/2013/03/Opusc-legale-arcigay-web-2.pdf, è la questione degli avanzamenti di carriera concessi solo a lavoratori sposati che sarebbero discriminatori in quanto le persone omossessuali e lesbiche non possono contrarre matrimonio.

Secondo alcuni autori[9] la discriminazione omofobica si può sviluppare a livello personale attraverso pregiudizi e opinioni negative o stereotipiche nei confronti dell'omosessualità; a livello interpersonale implicando la traduzione dei pregiudizi e delle opinioni personali in comportamenti eterodiretti; a livello sociale, attraverso l'accettazione, la reiterazione o la diffusione di comunicazioni sociali improntate sulla continua riproposizione di stereotipi sulle persone LGTB; ed infine a livello istituzionale attraverso discriminazioni manifestate più o meno apertamente in istituzioni quali la famiglia, la scuola,[10] la Chiesa e lo Stato.

Nella violenza e nella discriminazione di matrice omofobica e transfobica cosí come nella violenza di genere[11], nello stalking[12], o nella prostituzione dei minori[13], ciò che maggiormente rileva è una peculiarità connotante la persona offesa dal reato: l'orientamento sessuale della vittima, così come l'appartenenza al genere femminile o l'essere un minore, non sono elementi neutrali rispetto al reato, al contrario costituiscono il fondamento dello stesso intervento penale repressivo da un lato protettivo dall'altro.

Ulteriore caratterizzazione di questo genere di reati è che il movente non è neutrale o indifferente in quanto, rispetto ad essi, l'autore stesso si trova in un particolare stato soggettivo di disprezzo, odio o sentimento di superiorità nei riguardi della vittima.

Per quanto attiene allo specifico fenomeno analizzato, la Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006[14] contiene una definizione completa di omofobia e afferma che essa "si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all'obiezione di coscienza".

Essa, invero, nasce da una convinzione personale che identifica "l'altro" come

---

[9] TAURINO, *Omofobia e Transfobia,* in *DisOrientamenti,* a cura di D'IPPOLITI, SCHUSTER, Roma, 2011, http://www2.unimc.it/sba/organi/comitato-pari-opportunita/documenti/documenti-istituzionali/dippoliti_indd_2_1.pdf.

[10] LO GIUDICE, *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia, in Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa,* a cura di CALAFÀ , GOTTARDI, Roma, 2009, p. 324.

[11] Legge 15 ottobre 2013, n. 119 pubblicata in Gazzetta Ufficiale 15 ottobre 2013, n. 242, che sulla base delle indicazioni provenienti dalla Convenzione del Consiglio d'Europa (Istanbul 11 maggio 2011), concernente la lotta contro la violenza sulle donne e in ambito domestico, recentemente ratificata dal Parlamento, mira a rendere più incisivi gli strumenti della repressione penale dei fenomeni di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e di atti persecutori (stalking).

[12] Legge 23 aprile 2009, n. 38.

[13] Con l'articolo 4 della l. n. 172/2012, in attuazione Convenzione di Lanzarote del 2007, si è proceduto alla *modifica* o all'introduzione di ben *ventidue disposizioni del codice penale*, tutte in vario modo relative alla tutela della libertà sessuale del minore.

[14] Al riguardo, si consulti: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//IT.

elemento diverso, contrapposto, inferiore o anomalo rispetto ad un supposto ordine sociale. L'omofobia, in tal senso, al pari del razzismo o della xenofobia, determina delle vere e proprie forme di esclusione sociale.

Le vittime di reati di matrice omofobica, intese quali membri di un gruppo di individui, pur formalmente ritenuti come "uguali" ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, a livello sostanziale vengono frequentemente percepite come oggetto di discriminazioni culturali, pertanto, sono ritenute meritevoli di una tutela peculiare, specificatamente indirizzata alle loro particolari condizioni.

L'omofobia, come anticipato, si può manifestare in modo diretto o indiretto, attraverso condotte verbali, atteggiamenti escludenti od ostili, azioni fisiche aggressive e violente.

L'elemento aggiuntivo che connota questi comportamenti criminali fa sì che i reati vengano ad assumere un aspetto diverso, peculiare e "tipico" nell'accezione penalistica, giungendo sino a qualificarsi come "crimini d'odio".

Il termine crimini d'odio (*hate crimes*) è usato ufficialmente la prima volta dall'OSCE[15] nel 2003 per indicare i crimini basati sul pregiudizio, la discriminazione e l'odio generati da fattori quali la razza, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, la religione, la condizione sociale, l'appartenenza politica.

Il termine discorsi d'odio (*hate speeches*) è invece usato per indicare discorsi o manifestazioni del pensiero manifestanti odio, e miranti a screditare una persona o un gruppo di persone sulla base di alcune caratteristiche, nonché a istigare all'odio nei confronti delle stesse.

Poiché da un punto di vista formale tutte le condotte aggressive, violente o offensive di beni giuridici tutelati costituzionalmente integrano reati già previsti dal codice penale e corrispondono a fattispecie classiche quali percosse, lesioni personali, ingiuria, diffamazione, violenza sessuale, violenza privata, minaccia, atti persecutori, danneggiamento, omicidio, violazione di domicilio, estorsione, etc., il dibattito italiano sulla opportunità o meno di criminalizzare in modo specifico questo tipo di "condotta d'odio" è attualmente particolarmente fervente.

La riflessione sull'opportunità di criminalizzare l'omofobia si confronta inevitabilmente con la necessità di impedire compressioni indebite e illegittime del principio di libertà di manifestazione del pensiero, libertà sancita, garantita e tutelata dall'art. 21 Costituzione. Nella criminalizzazione dei "discorsi d'odio"[16], caratterizzati da un *minus* rispetto ai "crimini d'odio" (nei quali il *quid pluris* peculiare è il principio di un'azione violenta), il legislatore si propone, infatti, di anticipare sensibilmente l'ambito del penalmente rilevante: tale decisione di politica criminale è giustificata dal fatto che molto frequentemente i "discorsi d'odio" sono strettamente connessi e

---

[15] L'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (*Organization for Security and Co-operation in Europe*) è un'organizzazione internazionale per la promozione della pace, del dialogo politico, della giustizia e della cooperazione in Europa che conta, attualmente, 57 Paesi membri ed è, pertanto, la più vasta organizzazione regionale per la sicurezza.

[16] Si veda PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, 15 luglio 2013.

addirittura prodromici ai "crimini d'odio" e spesso si rivelano idonei a determinare o rafforzare pregiudizi e stereotipi legati alle categorizzazioni sociali[17]. Sarebbe proprio il timore della connessione tra "discorsi d'odio" e i "crimini d'odio" (nella logica algebrica dell'essere i primi l'antecedente genetico inevitabilmente prodromico dei secondi) ad imporre il ricorso allo strumento penale anticipando l'ambito del penalmente rilevante e dunque la soglia di punibilità. Ma il rischio di riproporre e valorizzare nuovamente il paradigma dei reati di opinione[18] è concreto e certamente non auspicabile.

Se da un lato risulta evidente che ogni questione legata all'odio o al disprezzo nei confronti di persone di altre etnie o di altre religioni, così come nei confronti delle persone appartenenti ad un genere o delle persone omosessuali o transessuali, deve essere affrontata, innanzitutto, sul terreno culturale sollecitando e producendo un provvido cambiamento nella coscienza delle persone, è altrettanto vero che il recente allarmismo sociale per questo delicatissimo tema spinge parte dell'opinione pubblica a reclamare un rassicurante intervento statale, nella specie, attraverso lo strumento repressivo del diritto penale[19].

La percezione nell'opinione pubblica italiana della gravità e della diffusione del fenomeno omofobico trova origine certamente anche nelle modalità con le quali i media, intesi genericamente come mezzi di informazione, risaltano ed enfatizzano i casi di cronaca e, in particolare, di cronaca giudiziaria. Volendoli analizzare in modo più oggettivo ci si rende conto, tuttavia, che non esiste un concreto motivo che giustifichi tale diffuso allarmismo.

L'Osservatorio per la Sicurezza Contro gli Atti Discriminatori[20] ha ricevuto 611 segnalazioni dal 2010 al 2013. Di queste, solamente 253 riguardano atti discriminatori costituenti reato: di questo gruppo di segnalazioni il 57% risulta motivato dalla razza/etnia, il 27% dall'orientamento sessuale, l'11% dal credo religioso, il 2% da disabilità. Delle 83 segnalazioni riguardanti l'orientamento sessuale, il 42.17% attiene a offese (ingiurie/diffamazioni), il 39.76% riguarda aggressioni/lesioni, il 6.02% istigazione alla violenza omofoba, il 4.82% danneggiamenti e il 2.41% minacce. Si rileva, inoltre, che il 4.82% delle 83 segnalazioni è rappresentato da suicidi di persone LGTB che, essendo oggetto di condotte discriminatorie determinate da movente

---

[17] PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, *cit.* p. 4.

[18] Si veda SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., p. 689 ss.

[19] Più che alla funzione special preventiva della pena l'istanza sociale di fatto è rivolta a quella general preventiva secondo lo schema del "punirne uno per educarne cento".

[20] L'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) è stato istituito allo scopo di agevolare le persone che sono vittime di reati a sfondo discriminatorio (*hate crimes* o crimini d'odio) nel concreto godimento del diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge ed alla protezione contro le discriminazioni. Rimuovere gli ostacoli che impediscono la fruizione di tale diritto universale, riconosciuto dalla "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" nonché da varie Convenzioni europee ed internazionali, è segno del livello di civiltà di un Paese e costituisce, pertanto, un obiettivo da perseguire con la massima determinazione. L'Oscad è un organismo interforze (Polizia di Stato e Arma dei Carabinieri) incardinato nel Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale della polizia criminale.

omofobico, giungono purtroppo a compiere tale estremo gesto. Per quanto anche solo l'esistenza di un caso di omofobia rappresenti un fatto gravissimo e certamente un vergognoso fallimento per una società pluralista ed eterogenea, in Italia, contrariamente a quanto a volte si tenda a far apparire, non esiste una reale "emergenza omofobia". Legittime dunque sono le perplessità riguardanti il disegno di legge che intende introdurre una nuova fattispecie penale per contrastare questa asserita "emergenza omofobia".

2. Uno sguardo in Europa.

Quasi tutti gli Stati europei prevedono strumenti legislativi di carattere penale finalizzati al contrasto dell'omofobia, intesa sostanzialmente come insieme di condotte discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale delle vittime. Invero, una delle ragioni che ha spinto il legislatore italiano a redigere il disegno di legge 245 del 2013, è stato certamente l'intento di allinearsi con la tendenza europea.

I percorsi usualmente seguiti dai diversi legislatori europei sono due: un primo orientamento legislativo mira a garantire la tutela delle persone LGTB mediante l'introduzione di norme antidiscriminatorie generali, che contemplino al loro interno in modo implicito o esplicito anche i casi di discriminazione per l'orientamento sessuale; il secondo modello legislativo propone il perseguimento del medesimo obiettivo tramite l'introduzione di norme che sanzionano in modo specifico azioni e comportamenti esplicitamente omofobici, ossia quegli atti violenti o di incitamento, anche solo verbale, all'odio nei confronti della comunità omosessuale.

L'ordinamento italiano attualmente non si allinea ad alcuno dei due modelli descritti.

A livello europeo, invero, sono molteplici i provvedimenti posti in essere per la specifica tutela delle persone omosessuali e transessuali e per la prevenzione di ogni discriminazione fondata specificatamente sull'orientamento sessuale[21].

Il Trattato sull'Unione europea, all'articolo 2[22], definisce il rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza e la tutela dei diritti umani quali fondamentali valori che reggono l'Unione.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inoltre, all'articolo 21 sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulle tendenze sessuali[23].

---

[21] GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in questa *Rivista*, 16 novembre 2012.

[22] Articolo 2 TUE: "*L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*".

[23] Articolo 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea " *È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Nell'ambito*

Anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea afferma, all'articolo 10, che "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale[24]".

Un ulteriore riferimento normativo che rafforza il divieto di discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale si trova all'articolo 19 dello stesso Trattato[25].

Tale disposizione prevede che "*il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*".

Nell'ambito dello spazio libertà sicurezza e giustizia, la lotta contro l'omofobia risulta essere uno degli obiettivi prioritari del programma adottato dal Consiglio europeo nel 2009 per gli anni 2010-2014. Tale politica europea riconosce, infatti, nella "diversità" una fonte di ricchezza per l'Unione e gli Stati membri, pertanto si ritiene necessario e doveroso garantire un'Europa sicura, che rispetti, tuteli e valorizzi le differenze proteggendo efficacemente i soggetti più deboli e riproponendosi di continuare a lottare con determinazione contro le discriminazioni, il razzismo, l'antisemitismo, la xenofobia e l'omofobia[26].

---

d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità".

[24] Per consultare la versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, si veda: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT

[25] Articolo 19 TFUE (*ex* articolo 13 del TCE).

[26] In questo quadro si collocano le più recenti iniziative adottate dalle istituzioni UE, con riferimento sia alla situazione all'interno degli Stati membri che all'azione esterna dell'Unione europea. In particolare, per quanto riguarda gli ultimi interventi legislativi dell'Unione, disposizioni volte a tutelare le persone in condizione di vulnerabilità in ragione del loro orientamento sessuale sono contenute nella direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, sotto il profilo del riconoscimento della sussistenza di rischio di persecuzione, nonché nella proposta di direttiva, tuttora in corso di esame da parte delle istituzioni UE, relativa a procedure per la concessione e la revoca dello *status* conferito dalla protezione internazionale (COM(2011)319). Prosegue inoltre presso le istituzioni UE – con un *iter* particolarmente lungo dovuto alla contrarietà manifestata da diversi Stati membri sia sotto il profilo del merito, sia sotto quello della non conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità - l'esame della proposta di direttiva orizzontale anti-discriminazioni, relativa alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, anche al di fuori della sfera lavorativa, presentata dalla Commissione europea il 2 luglio 2008 (COM(2008)426). La proposta intende completare la normativa europea vigente, la direttiva 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e dalla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Essa è pertanto volta a istituire un quadro normativo generale per il divieto della discriminazione e a stabilire un livello minimo uniforme di tutela all'interno dell'Unione europea per le persone vittime di discriminazione. Al fine di rimuovere impedimenti o ostacoli, essa interviene in alcuni aspetti quali la protezione e la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. La proposta non prevede sanzioni di carattere penale.

Così il Parlamento europeo ha molteplici volte affrontato il tema della lotta all'omofobia approvando risoluzioni che mirano a coinvolgere nella lotta contro di essa le attività degli Stati membri e della Commissione europea[27].

Si pensi alla recente risoluzione del 24 maggio 2012[28] che condanna con forza tutte le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, deplorando ogni lacuna o debolezza della doverosa ed efficace tutela che l'Unione europea garantisce alle persone LGBT. Essa invita pertanto gli Stati membri a garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e transessuali dai discorsi omofobi di incitamento all'odio e dalla violenza e assicurando che le coppie dello stesso sesso godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società.

Tale risoluzione esorta gli Stati membri e la Commissione a condannare i "discorsi d'odio" omofobi o l'incitamento all'odio e alla violenza e ad assicurare che la libertà di manifestazione del pensiero, garantita da tutti i trattati sui diritti umani, sia effettivamente rispettata[29].

Il 12 dicembre 2012 il Parlamento europeo ha adottato un'ulteriore risoluzione[30] in merito al tema dei diritti fondamentali nell'UE, invitando la Commissione e il Consiglio a intervenire in modo più incisivo contro l'omofobia, la violenza e la discriminazione basate sull'orientamento sessuale, ad utilizzare i risultati dell'indagine in corso dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali[31] al fine di concretizzare e soddisfare le numerose richieste da parte del Parlamento europeo e delle ONG e infine a presentare urgentemente la tabella di marcia dell'UE per l'uguaglianza fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere da adottare entro il 2014.

Con riferimento ai contenuti delle citate risoluzioni del Parlamento europeo, si ricorda che l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ha pubblicato, nel luglio 2011, lo studio "*Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual*

---

[27] Seguono alcune delle risoluzioni in materia: Risoluzione 13 marzo 1984: proponente Vera Squarcialupi; Risoluzione 11 giugno 1986: proponente D'Ancona; Risoluzione 26 maggio 1989: proponente Parodi; Risoluzione 22 novembre 1989: proponente Buron; Risoluzione 23 luglio 1990: proponente Ford; Risoluzione 8 febbraio 1994; Risoluzione 17 settembre 1996: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione 8 aprile 1997: risoluzione generale sui diritti umani in generale; Risoluzione *Sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea* approvata dal Parlamento europeo il 17 settembre 1998; recentemente *Risoluzione 3 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere (2013/2183(INI))*.

[28] Al riguardo, si veda: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0222+0+DOC+XML+V0//IT.

[29] Nella risoluzione il Parlamento afferma la convinzione che i diritti fondamentali delle persone LGBT sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso a istituti giuridici quali coabitazione, unione registrata o matrimonio; plaude al fatto che sedici Stati membri offrono attualmente queste opportunità e invita gli altri Stati membri a prendere in considerazione tali istituti.

[30] Al riguardo, si veda: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0500+0+DOC+XML+V0//IT.

[31] L'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (*Fundamental Rights Agency*, FRA) ha sede a Vienna ed è stata istituita dal regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007 (GU L 53 del 22.2.2007).

Orientation and Gender Identity in the EU Member States[32]".

Tale studio dapprima rilevava una tutela generalmente limitata contro atti di intolleranza e violenza nei confronti di persone LGBT, quindi riscontrava in particolar modo come la tutela delle persone transessuali non fosse del tutto chiara nonostante la giurisprudenza dell'UE[33] in materia; infine, concludeva constatando come pur essendoci stati degli innegabili sviluppi, la situazione stesse evolvendo con tempistiche diverse all'interno dell'Unione europea e come gli ostacoli riscontrati fossero principalmente creati dal persistere di un generale clima di intolleranza e atteggiamenti negativi nei confronti delle persone LGBT.

Un aspetto molto rilevante del citato studio è però quello di aver affermato che poiché la legislazione e la capacità dell'opinione pubblica di "accogliere" determinate sensibilità procedono di pari passo sarebbe necessario elaborare una direttiva "orizzontale" al fine di garantire l'equa tutela dalle discriminazioni di qualunque natura, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale e un livello di tutela contro gli episodi di omofobia e transfobia che sia pari a quello garantito nel caso di incitamento all'odio e reati ispirati dal razzismo o dalla xenofobia, nonché garantire l'adeguata applicazione della tutela giuridica per le persone *transgender* già esistente e disposta dal diritto dell'Unione europea[34].

Per quanto riguarda gli ordinamenti degli Stati membri, gli Stati che sanzionano penalmente l'incitamento all'odio, alla violenza, alla discriminazione per motivi di orientamento sessuale sono: Austria[35], Belgio[36], Cipro[37], Croazia[38], Danimarca[39], Estonia[40], Grecia[41], Malta,[42] Spagna[43], Francia[44], Irlanda[45], Lituania[46], Olanda[47], Portogallo[48], Romania[49], Svezia[50] , Irlanda del nord[51] e Regno Unito[52].

---

[32] Al riguardo, si veda: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf

[33] European Court of Human Rights (ECtHR), *Alekseyev* v. *Russia,* N. 4916/07, 25924/08 e14599/09, 21 ottobre 2010, ECtHR, *Kozak v. Poland,* No. 13102/02, 2 March 2010. ECtHR, *P.B. & J.S. v. Austria,* No. 18984/02, 22 July 2010, ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria,* No. 30141/04, 24 June 2010.

[34] http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/NOTST010.Pdf

[35] Articolo 283 del codice penale austriaco.

[36] Articolo 22 della legge antidiscriminazione del 2007.

[37] Articolo 51 A del codice penale cipriota.

[38] Articolo 125 del codice penale croato.

[39] Sezione 266 b (1) del codice penale danese.

[40] Articoli 151 e 152 del codice penale estone.

[41] Articolo 79 comma 3 del codice penale greco.

[42] Articolo 82 A del codice criminale maltese.

[43] Articolo 510 del codice penale spagnolo.

[44] Articoli 20-21 del titolo terzo della legge 1486/2004.

[45] *Prohibition of Incitement to Hatred Act 1989*.

[46] Articolo 170 del codice penale lituano e articolo 19 della legge sulla fornitura di Informazioni al Pubblico; cfr. http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=286382.

[47] Articoli 137c-137d del codice penale olandese.

[48] Articolo 240 del codice penale portoghese, legge 59/2007.

[49] L'articolo 317 del codice penale romeno e articolo 19 del decreto governativo No.137 / 2000 in materia di prevenzione e sanzione di ogni forma di discriminazione.

In Austria, il codice penale punisce, con pene detentive fino a due anni, chiunque solleciti o esorti in modo adeguato a mettere in pericolo l'ordine pubblico la violenza contro una chiesa o confessione religiosa o contro qualsiasi altro gruppo di persone definite secondo criteri quali colore della pelle, lingua, religione o ideologia, nazionalità, ascendenza o l'origine nazionale o etnica, sesso, disabilità, età o orientamento sessuale, o contro qualsiasi persona appartenente a tale gruppo, in modo esplicito a causa della sua appartenenza al gruppo.

In Belgio[53] dal 2003 il novero delle discriminazioni condannabili è stato ampliato includendo con disposizioni specifiche, a livello federale, anche l'orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione illegittima. Nel 2007, inoltre, grazie ad un precedente intervento della Corte costituzionale belga, che con la sentenza numero 157 del 2004 ha dichiarato illegittime alcune disposizioni di una precedente legge del 2003, è stato approvato un nuovo pacchetto di leggi federali anti-discriminazione. La legge del 10 maggio 2007[54] ha infatti riformato la normativa preesistente in materia di discriminazione, comprendendovi le discriminazioni a carattere omofobico. Essa ha previsto all'articolo 3 uno specifico divieto di discriminazione nei settori della vita pubblica rientranti nel campo di applicazione della stessa legge, fornendo anche una definizione, all'art. 21, del termine discriminazione, che viene inteso come ogni forma di trattamento ingiustamente diversificato diretto o indiretto, fondato, tra gli altri motivi, anche sull'orientamento sessuale e prevendendo la penalizzazione di taluni atti e comportamenti discriminatori di natura omofobica come il reato di incitamento alla discriminazione[55]. Il Titolo VII della suddetta legge ha inoltre modificato il codice penale inserendo il movente fondato sull'orientamento sessuale tra le circostanze aggravanti[56] per alcune fattispecie, quali la violenza, l'omicidio, la violenza sessuale, gli atti persecutori, l'incendio doloso, la diffamazione, la calunnia, la profanazione di tombe, gli atti di vandalismo, ecc.[57].

Nel codice penale della Repubblica di Cipro è stata inserita la discriminazione fondata sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale al quadro che già

---

[50] Capitolo 16 comma 8 del codice penale svedese.

[51] Parte III del *Public Order* 1987 modificato dall'Order number 2/2004.

[52] Public Order Act 1986 c.64 (07.11.1986), Part 3A.

[53] Stato che sancisce il principio generale di non discriminazione nella sua Costituzione agli artt. 10 e 11 (senza menzionare espressamente le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale).

54http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2007051035&table_name=loi

[55] L'articolo 444 del codice penale belga, richiamato dall'articolo 22 delle Legge 10 maggio 2007, punisce con una pena da un mese ad un anno di reclusione e/o un'ammenda da 50 a 1.000 euro, chiunque inciti alla discriminazione, all'odio, alla violenza o alla segregazione nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di una delle condizioni personali protette, tra cui l'orientamento sessuale; nonché il reato di discriminazione commessa da funzionario o pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di una delle condizioni personali protette, tra le quali l'orientamento sessuale.

[56] Articoli 33-42 codice penale belga.

[57] Articoli 377-bis, 405-quater, 422-quater, 438-bis, 453-bis, 514-bis, 525-bis, 532-bis, 534-bis del codice penale belga.

comprendeva le discriminazioni basate su razza, religione, origine nazionale o etnica[58].

Il codice penale croato definisce i crimini d'odio come reati perpetrati sulla base di una caratteristica personale della vittima. Dal 2006 l'orientamento sessuale è stato esplicitamente menzionato nella lista di tali caratteristiche mentre dal 2013, con l'entrata in vigore del nuovo codice penale, è stata inserita in tale lista anche l'identità di genere[59]. L'articolo 151-bis del codice penale croato sancisce inoltre che chiunque produca, venda, importi o esporti attraverso una rete informatica, o in qualsiasi altro modo metta a disposizione del pubblico materiali promozionali glorificanti il fascismo, il nazismo e altri totalitarismi, le organizzazioni e le ideologie che sostengono, promuovono o incitino all'odio, alla discriminazione o violenza contro qualsiasi individuo o gruppo sulla base di razza, colore, sesso, orientamento sessuale, origine nazionale o etnica, religione, convinzioni politiche o di altro, o per tali scopi possieda grandi quantità di questi materiali promozionali, sia punito con una multa o con la reclusione non superiore a un anno, salvo che il materiale di cui al paragrafo 1 del presente articolo sia preparato o messo a disposizione del pubblico per scopi di ricerca, artistici o scientifici o con lo scopo di segnalare eventi presenti o passati.

In Danimarca il codice penale punisce chiunque, pubblicamente pronuncia dichiarazioni o diffonde informazioni per le quali un gruppo di persone sia minacciato, disprezzato o umiliato in ragione della sua razza, colore, origine nazionale o etnica, o del suo l'orientamento sessuale[60]. La motivazione omofobica è prevista, inoltre, come una circostanza aggravante generale per tutti i reati[61].

In Estonia l'articolo 151 del codice penale sancisce che chiunque pubblicamente inciti all'odio, alla violenza o alla discriminazione sulla base della nazionalità, della razza, del colore, del sesso, della lingua, dell'origine, della religione, dell'orientamento sessuale, delle opinioni politiche, dello stato finanziario o sociale, se questo si traduce in pericolo per la vita, per la salute o per la proprietà di una persona è punibile con la detenzione sino a 30 giorni o la pena pecuniaria fino a 300 quote[62]; ma se dal fatto deriva la morte della vittima, si provocano danni alla sua salute o altre conseguenze gravi è prevista la detenzione fino a tre anni. L'articolo 152 inoltre punisce ogni limitazione illegittima dei diritti di una persona o ogni concessione illegale di privilegi ad una persona sulla base della nazionalità, della razza, del colore, del sesso, della lingua, dell'origine, della religione, dell'orientamento sessuale, delle opinioni politiche, dello stato finanziario o status sociale con la detenzione fino a 30 giorni o una pena pecuniaria fino a 300 quote.

---

[58] Il nuovo emendamento recita: "Una persona che pubblicamente e in modo minaccioso incoraggia intenzionalmente o incita sia verbalmente sia con testi scritti o illustrazioni o qualsiasi altro modo alla violenza o all'odio nei confronti di una persona o un gruppo definito sulla base dell'orientamento sessuale o di identità di genere, è colpevole di un reato e, in caso di condanna è soggetto a reclusione non superiore a tre anni o con una multa non superiore a € 5.000.

59 I*nadequate protection: Homophobic and transphobic hate crimes in Croatia* (EUR 64/001/2012) *Protection of LGBT people must go beyond the Pride* (EUR 64/004/2012).

[60] Codice penale danese (*Straffeloven)*, Sezione 266b.

[61] Sezione 81, n. 6 dello *Straffeloven* inserita nel codice penale dalla legge n. 218 del 31 marzo 2004.

[62] Da calcolare secondo i criteri sanciti dall'articolo 47 del codice penale estone.

In Finlandia, il codice penale punisce chiunque nella sua attività professionale, o in generale nell'esercizio di un servizio pubblico, di pubblici poteri, di altra funzione pubblica o comunque pubblicamente, senza giustificato motivo, rifiuti un servizio, rifiuti l'ingresso o allontani qualcuno nell'ambito di una riunione, ponga qualcuno in una posizione chiaramente disuguale o comunque sostanzialmente inferiore a causa della sua razza, dell'origine nazionale o etnica, del colore della pelle, della lingua, del sesso, dell'età, dei legami familiari, delle preferenze sessuali, delle disabilità o dello stato di salute, della religione, dell'orientamento politico, dell'attività politica o industriale o di altre circostanze analoghe[63]. Il movente dell'orientamento sessuale è inoltre considerato una circostanza aggravante[64].

L'articolo 225-1 del codice penale francese definisce la discriminazione come qualunque distinzione effettuata tra persone fisiche a causa della loro origine, del sesso, della situazione familiare, dell'aspetto fisico, del patronimico, dello stato di salute, di inabilità fisiche, di caratteristiche genetiche, della morale sessuale o dell'orientamento sessuale, dell'età, delle opinioni politiche, delle attività sindacali, o della loro appartenenza o non-appartenenza, vera o presunta, ad un determinato gruppo etnico, nazione, razza o religione[65]. Il codice penale francese inoltre considera il movente omofobico come aggravante in tutti i casi in cui il codice lo prevede[66].

Nell'ordinamento penale greco la nuova legge 4139/2013 ha modificato l'articolo 79 (3), secondo il quale la commissione di un atto di odio nazionale, razziale, religioso o a causa di un diverso orientamento sessuale della la vittima, costituisce una circostanza aggravante. Inoltre, dopo le discussioni con le organizzazioni LGBT, la nuova legge ha aggiunto, per la prima volta nell'ordinamento giuridico ellenico, la nozione di "identità di genere", al fine di tutelare in modo più effettivo le persone transessuali che spesso sono vittime di violenza. Nel settembre 2014, inoltre, la legge contro il razzismo 927/1979 è stata modificata[67] prevedendo la reclusione da 3 mesi a 3 anni e una multa di € 5.000 a € 20,000 per chiunque utilizzi espressioni di odio e atti di violenza contro persone o gruppi LGBT.

Nel codice penale lituano, l'articolo 170 sancisce che chiunque produca, acquisti, invii, trasporti o detenga materiale che esprima disprezzo o solleciti l'odio o

---

[63] Capitolo 11, sezione 10 del codice penale finlandese modificato dalla legge 511 del 2011.

[64] Capitolo 6, sezione 5, punto 4 del codice penale finlandese modificato dalla legge 511 del 2011.

[65] Il successivo articolo sancisce che la discriminazione come definita dall'articolo 225-1, commessa contro una persona fisica o giuridica, è punita con tre anni di carcere e una multa di € 45.000 qualora essa si concretizzi: con il rifiuto di fornire beni o servizi, di ostacolare il normale esercizio di una determinata attività economica; con il rifiuto di assumere, di sanzionare o di licenziare una persona; di sottoporre la fornitura di beni o servizi a una condizione basata su uno dei fattori di cui all'articolo 225-1; di sottoporre un'offerta di lavoro, la domanda per la partecipazione ad un corso o ad un periodo di formazione sulla base di una delle condizioni elencate dall'articolo 225-1.

[66] Articolo 132-77 del codice penale francese, introdotto dalla legge n. 2003-239 del 18 marzo 2003, articolo 47, Gazzetta ufficiale del 19 marzo 2003. In particolare l'aggravante è prevista per il reato di omicidio (articolo 221-4), tortura (articolo 222-1,2 e 3), aggressione (articolo 222-9,10), minaccia (222-17,18), violenza sessuale (222-23,24) ecc.

[67] Cfr. http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=Ik2xQr3jIkg%3D&tabid=132.

inciti alla discriminazione nei confronti di un gruppo di persone o una persona appartenente ad essi a causa del sesso, dell'orientamento sessuale, della razza, della nazionalità, della lingua, dell'origine, dello stato sociale, della religione, delle convinzioni o delle idee o incitando alla violenza, usando violenza contro tali gruppi di persone o contro di una persona che appartenga agli stessi, è punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a un anno. Il secondo comma sanziona con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a due anni chiunque ridicolizzi pubblicamente, esprima disprezzo, solleciti l'odio o inciti alla discriminazione contro un gruppo di persone o una persona appartenente ad esso in base al sesso, all'orientamento sessuale, alla razza, alla nazionalità, alla lingua, all'origine, allo stato sociale, alla religione, alle convinzioni o alle idee. Infine, per chi inciti pubblicamente alla violenza o ad un trattamento fisicamente violento di un gruppo di persone o di una persona appartenente ad esso per motivi riconducibili al sesso, orientamento sessuale, razza, nazionalità, lingua, origine, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o sostiene altrimenti tali attività, il terzo comma prevede la multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a tre anni. L'articolo 170 1, rubricato "Creazione e attività dei gruppi e delle organizzazioni volte a discriminare un gruppo di persone o incitare alle discriminazioni contro lo stesso" sancisce che chiunque crei un gruppo di complici o un gruppo organizzato o un'organizzazione che miri a discriminare un gruppo di persone per motivi di sesso, orientamento sessuale, razza, nazionalità, lingua, origine, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o incitamento contro o partecipa alle attività di un gruppo o di un'organizzazione o altrimenti supporta un tale gruppo o organizzazione è punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con la reclusione fino a un anno.

Nel codice penale di Malta, nel febbraio del 2014, è stato introdotto l'articolo 82 A che punisce chiunque utilizzi parole o tenga comportamenti minacciosi od offensivi, o diffonda qualsiasi materiale scritto o stampato con contenuti minacciosi od offensivi, o comunque assuma tali condotte, con l'intento di fomentare violenza od odio contro altre persone o gruppi di persone per motivi di genere, identità di genere, orientamento sessuale, razza, colore, lingua, origine etnica, religione, convinzioni personali, opinioni politiche.

In Olanda l'articolo 137c del codice penale[68] punisce con la detenzione fino ad un anno o con una multa (con un massimo di 4.500 euro) chiunque diffami pubblicamente un gruppo per la sua razza, religione, credenze personali o il suo orientamento sessuale. Mentre l'art. 137d del codice penale vieta l'incitamento pubblico all'odio, alla discriminazione o azioni violente contro le persone sulla base dell'orientamento sessuale.

Il Portogallo, con la riforma del 2004, ha incluso nella Costituzione l'orientamento sessuale fra le caratteristiche di ogni individuo oggetto di discriminazione (art. 13, comma 2) oltre alle diverse disposizioni che assicurano il

[68] Aggiunto il 14 novembre 1991.

rispetto del principio di uguaglianza e non discriminazione in diversi campi della vita economica, sociale e politica dei cittadini. Nel 2007 la riforma del codice penale[69] ha introdotto alcune misure che rafforzano l'arsenale repressivo per combattere il fenomeno dell'omofobia. Il legislatore ha previsto il reato di incitamento alla discriminazione, all'odio e alla violenza verso chiunque, in ragione della razza, colore, etnia, nazione, religione, sesso o orientamento sessuale[70] ed ha riconosciuto l'intento dell'omofobia come una circostanza aggravante per alcuni reati, quali l'omicidio aggravato[71] e l'offesa aggravata all'integrità fisica[72].

In Spagna il codice penale, all'articolo 510, sanziona con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da sei a dodici mesi[73], coloro che provocano discriminazione, odio o violenza contro gruppi o associazioni a causa di motivi razzisti, antisemiti o di qualsiasi ideologia, religione, convinzione personale, situazione familiare, appartenenza ad un gruppo etnico, origine nazionale, genere, orientamento sessuale, malattia o inabilità fisica. Al secondo comma dello stesso articolo si sanziona con la stessa pena chi, conoscendone la falsità, diffonda informazioni diffamatorie sui gruppi o associazioni in relazione alla loro ideologia, religione o convinzioni personali, appartenenza ad un gruppo etnico o ad una razza, nazionalità, genere, preferenza sessuale, malattia o inabilità. Nel sistema penale spagnolo inoltre, l'aver commesso un delitto contro una persona per motivi riguardanti l'orientamento sessuale è considerato un'aggravante[74].

In Romania, l'orientamento sessuale è stato inserito nell'articolo 317 del codice penale nel 2006, come uno dei motivi di discriminazione penalmente sanzionabili. Inoltre, già dal 2000, il decreto governativo numero 137, in materia di prevenzione e sanzione di ogni forma di discriminazione, ha integrato una disposizione contro l'incitamento all'odio e tutti i comportamenti discriminatori che si svolgono pubblicamente ledendo la dignità delle vittime.

Il codice penale sloveno incrimina i comportamenti di chi "provochi pubblicamente o susciti l'odio, la discordia, l'intolleranza, o denigri qualsiasi altra disuguaglianza in base all'orientamento sessuale". Per tali condotte sono previste pene detentive fino a due anni[75]. L'articolo 131 del codice penale, più in generale, vieta ogni violazione del diritto di uguaglianza e specifica l'identità di genere e l'orientamento sessuale come caratteristiche personali protette.

La Svezia vieta ogni discriminazione contro persone in ragione della razza, colore, nazionalità, origine etnica, fede o orientamento sessuale[76]. Inoltre,

---

[69] Legge n. 59/2007.
[70] Articolo 240 del codice penale portoghese.
[71] Articolo 132 codice penale.
[72] Articolo 145, codice penale.
[73] Da calcolare nel suo ammontare attraverso il sistema per quote sancito dall'articolo 50 del codice penale spagnolo.
[74] Articolo 22 del codice penale spagnolo.
[75] Articolo 297 comma 1 del codice penale sloveno (2008).
[76] Capitolo 16, paragrafo 9 del codice penale svedese.

l'orientamento sessuale della vittima quale movente nella commissione di qualsiasi reato è considerato circostanza aggravante[77]. In particolare, riferendosi al solo delitto di diffamazione si prevede un'aggravante specifica in caso di allusioni all'orientamento sessuale[78].

In Ungheria, la disposizione del codice penale rubricata "Violenza contro un membro della comunità" punisce con la reclusione fino a tre anni chiunque mostri un comportamento apparentemente anti-sociale contro altre persone perché facenti parte, realmente o anche solo in via presuntiva, di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o di un determinato gruppo sociale, in particolare per motivi di disabilità, di identità di genere od orientamento sessuale. Inoltre per chi aggredisca un'altra persona per essere parte, realmente o presuntivamente di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, o di un determinato gruppo sociale, in particolare per motivi di disabilità, identità di genere o orientamento sessuale, o la costringe con la forza o con la minaccia della forza per fare, non fare, o sopportare qualcosa, è prevista la reclusione da uno a cinque anni[79].

In Irlanda *l'Incitement to Hatred Act* 1989, alla sezione 2, sanziona con pene pecuniarie o detentive chiunque attraverso discorsi, comportamenti o materiale scritto in un luogo diverso da una residenza privata minacci, offenda, fomenti l'odio contro un gruppo di persone anche a causa dell'orientamento sessuale.

Nel Regno Unito non è prevista una specifica definizione dell'omofobia in modo esplicito nei testi legislativi; ma essa assume rilevanza penale nel quadro più generale della repressione dei reati connotati dall'odio razziale o religioso verso le vittime.

Il *Criminal Justice Act* 2003[80] inoltre ha introdotto alcune aggravanti per i suddetti reati, prevedendo un incremento di pena qualora l'atto criminoso sia ispirato dall'ostilità verso l'orientamento sessuale (anche solamente presunto) della persona offesa, al pari dell'odio razziale, etnico, religioso o riferito alla eventuale condizione di disabilità della vittima.

Più recentemente, il *Criminal Justice and Immigration Act* (CJIA) 2008[81] ha emendato parte del *Public Order Act* 1986, rendendo penalmente sanzionabili in Inghilterra e Galles l'utilizzo di "parole o comportamenti minacciosi"[82] o "la diffusione di materiale scritto idoneo a costituire una minaccia, ad offendere o insultare una persona in modo da causare molestie, ansia o disagio" se esso è destinato a "fomentare all'odio sulla base dell'orientamento sessuale". L'odio "per motivi di orientamento

---

[77] Capitolo 29, paragrafo 2, punto 7 del codice penale svedese.
[78] Capitolo 5, paragrafo 5 de codice penale svedese.
[79] Sezione 216 del codice penale ungherese.
[80] Articolo 146 del *Criminal Justice Act 2003.*
[81] Sezione 74 paragrafo 16.
[82] Il punto 14 dell'allegato 16 del CJIA, prevede la seguente soluzione per la tutela della libera manifestazione del pensiero nell'ambito dei procedimenti giudiziari ai sensi della sezione 74: "Per evitare ogni dubbio, la discussione o la critica rispetto alle condotte o alle pratiche sessuali di una persona cosí come la sollecitazione ad astenersi o a modificare il proprio comportamento non devono essere considerate di per sé minacciosi o destinati a fomentare l'odio".

sessuale" è definito nella nuova sezione 29AB della legge del 1986 ed è espressamente limitato alle persone lesbiche, gay, bisessuali ma non riguarda le persone transessuali.

In Scozia, il *Sentencing of Offences Aggravated by Prejudice (Scotland) Bill* prevede l'aggravamento di pena per i reati che siano commessi con una motivazione discriminatoria relativa alla disabilità, all'orientamento sessuale o all'identità sessuale[83].

In 7 altri Stati membri, invece, l'incitamento all'odio alla violenza o alla discriminazione nei confronti delle persone LGBT non è esplicitamente definito come reato: Bulgaria, Germania, Lettonia, Lussemburgo, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia.

È comunque estremamente difficile poter classificare gli Stati secondo categorie rigide fra loro impermeabili; ed infatti alcuni degli Stati menzionati, pur non prevedendo in modo specifico reati di matrice omofobica, prevedono fattispecie di reato, formulate in via generale, alle quali è possibile comunque ricondurre la tutela delle persone LGBT rispetto a discriminazioni dettate dallo stigma sessuale.

Il codice penale bulgaro punisce solamente l'incitamento all'odio per motivi riguardanti la nazionalità, la razza o la religione[84], in tal senso sembra difficile poter ricomprendere l'omofobia tra i motivi di discriminazione sanzionabili. Sul versante civile, invece, gli articoli 4 e 5 del *Protection Against Discrimination Act*[85], sanzionano le molestie che siano state poste in essere per un movente attinente all'orientamento sessuale. Tale legge definisce la molestia come "comportamento indesiderato (per motivi di orientamento sessuale) espresso fisicamente, verbalmente o in qualsiasi altro modo, che abbia lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un ambiente ostile, offensivo o intimidatorio".

In Germania il reato di discriminazione per l'orientamento sessuale non è previsto in modo esplicito; altrettanto per il "movente" omofobico il quale non è espressamente riconosciuto tra le circostanze aggravanti. Tuttavia, nel codice penale[86] è punito con la reclusione da 3 mesi a 5 anni colui che, in maniera tale da disturbare la pace pubblica, incita all'odio o alla violenza contro alcune persone o lede la loro

---

[83] Cfr. http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/8/pdfs/asp_20090008_en.pdf

[84] Articoli 162 e 164 del codice penale bulgaro.

[85] Il *Protection Against Discrimination Act, 2003,* all'articolo 4, sancisce che qualsiasi discriminazione diretta o indiretta in base al sesso, razza, nazionalità, origine etnica, la cittadinanza, l'origine, la religione o le convinzioni personali, l'istruzione, pareri, lo *status* politico di appartenenza, personale o pubblico, disabilità, età, orientamento sessuale, stato civile, lo stato di proprietà, o per qualsiasi altro motivo, stabiliti dalla legge, o da trattati internazionali di cui la Repubblica di Bulgaria è parte, è vietata. Configura discriminazione diretta ogni trattamento meno favorevole nei confronti di una persona, determinato dai motivi di cui al paragrafo 1, rispetto al trattamento che è, è stato o sarebbe stato posto in essere nei confronti di qualunque altra persona che versi in circostanze analoghe. La discriminazione indiretta è costituita dalla condotta di chi pone una persona, per i motivi di cui al paragrafo 1, in una posizione meno favorevole rispetto ad altre persone per mezzo di una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, a meno che tale pratica abbia una giustificazione obiettiva in vista del perseguimento di uno scopo legittimo e i mezzi per raggiungere tale obiettivo siano appropriati e necessari.

[86] Articolo 130 comma 1, del codice penale tedesco.

dignità attraverso insulti o offese ed è prevista una pena massima di 3 anni di reclusione o una pena pecuniaria anche per chi commette gli stessi reati attraverso la diffusione di opere scritte[87]. Sebbene il codice penale non faccia un esplicito riferimento al *background* omofobico di colui che perpetra il reato, nella definizione data all'articolo 130 può pacificamente rientrare anche la discriminazione effettuata in ragione dell'orientamento sessuale. Anche per quanto riguarda le circostanze attenuanti e aggravanti che possono essere valutate dal giudice per quantificare la pena[88], non vi è una esplicita previsione rispetto all'omofobia, ma un generico richiamo alle motivazioni e finalità dell'atto oltre che alle convinzioni e agli intenti del reo.

Diversamente, in Lettonia, l'articolo 48-1 del codice penale, che elenca le circostanze aggravanti comuni, è stato modificato il 21 giugno 2007 prevedendo in modo espresso solo la motivazione razziale come aggravante di ogni reato. Parallelamente l'articolo 78 del codice penale è stato sostituito con l'articolo 78-1 che prevede sanzioni penali per le azioni volte a incitare all'odio meramente etnico o razziale.

In Lussemburgo, il codice penale prevede pene detentive comprese tra un minimo edittale di 9 giorni e un massimo di 2 anni o una multa di € 251 a € 25.000 per chi con comunicazione verbale, scritta o grafica o diffusa con qualunque materiale reso disponibile in luoghi pubblici o in riunioni, inciti alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro una persona o un gruppo o una comunità di persone. Vista la formulazione generale della norma, l'orientamento sessuale è considerato una delle caratteristiche personali riconducibili implicitamente tra quelle tutelate dalla stessa.

In Polonia, al contrario, l'articolo 256 del codice penale può costituire la base per perseguire gli individui le cui dichiarazioni possono screditare determinate persone o gruppi di persone pubblicamente per differenze determinate unicamente dalla nazionalità, etnia, razza o religione.

Nella Repubblica Ceca, il reato di "istigazione all'odio nazionale e razziale" prevede che chiunque inciti pubblicamente all'odio per un'altra nazione, gruppo etnico, razza, religione, classe o gruppo di persone o pubblicamente incita alla limitazione dei loro diritti e delle libertà debba essere condannato a una pena detentiva fino a due anni[89]. Il codice penale inoltre sanziona i seguenti reati: l'odio contro un gruppo di persone o qualunque compressione di diritti e libertà fondamentali[90]; la discriminazione nei confronti di un gruppo di persone[91]; la fondazione, l'organizzazione e il sostegno ad un movimento volto ad opprimere diritti e libertà della persona[92]; la dichiarazione di sostegno ad un movimento volto all'oppressione dei diritti e delle libertà della persona[93]. Il codice penale vieta anche la diffamazione

---

[87] Articolo 130, comma 2, del codice penale tedesco.
[88] Articolo 46 del codice penale tedesco.
[89] Sezione 198 del codice penale ceco.
[90] Articolo 356.
[91] Articolo 402.
[92] Articolo 403.
[93] Articolo 404.

pubblica per la nazionalità, la razza, l'etnia o altri motivi[94] e pene più severe sono previste nei casi in cui ciò avvenga attraverso la stampa, il cinema, la radio, la televisione, internet o altri mezzi simili. Anche questo ordinamento può, per la formulazione generale delle norme contro le discriminazione, includere in via indiretta la tutela delle persone dai reati di stampo omofobico.

In Slovacchia, allo stesso modo, gli articoli 359 e 421 del codice penale incriminano le minacce, le azioni dannose o gli atti violenti contro un "gruppo di persone", o il sostegno ad un'organizzazione che miri alla soppressione o comunque alla negazione dei diritti fondamentali e delle libertà altrui.

3. Italia: l'evoluzione legislativa.

L'Italia resta uno dei pochi Paesi che attualmente non incriminano, con una norma specificatamente dedicata, la discriminazione per l'orientamento sessuale. A partire dalla metà degli anni sessanta, invero, in particolare dalla Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale di New York del 7 marzo 1966, in Italia iniziò un processo legislativo il cui risultato finale fu l'emanazione della legge n. 654 del 1975.

Nella sua formulazione originale, l'articolo 3, comma 1, della suddetta legge sanzionava con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto non costituisse più grave reato, chi avesse diffuso in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e chi avesse incitato in qualsiasi modo alla discriminazione, chi avesse incitato a commettere o avesse commesso atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale; e con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti (o coloro che avessero prestato assistenza) ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello "di incitare all'odio o alla discriminazione razziale"; la pena prevista per i capi o promotori di siffatte organizzazioni o associazioni, inoltre, era più elevata.

Fin dalla sua emanazione risultarono evidenti alcuni punti critici di tale fattispecie. In particolare, le maggiori perplessità riguardavano il fatto che essa, incriminando la "diffusione delle idee" razziste e l'"incitamento" alla discriminazione razziale, prospettava una possibile violazione del principio di determinatezza ed un potenziale conflitto fra principi generali di portata costituzionale: il divieto di discriminazione ai sensi dell'articolo 3 Costituzione da un lato e, da altro lato, la libertà di manifestazione del pensiero ex articolo 21 Costituzione[95].

Successivamente, nel 1993 con la legge 205, detta anche *legge Mancino*, furono

---

[94] Articolo 355.

[95] Per quanto attiene la legge Mancino si vedano fra tutti STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in Crit. dir., 1994, pp. 14 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.; DE FRANCESCO, *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'articolo 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in Leg. pen., 1994, fasc. 2 (giugno), pt. 2, pp. 216-217.

introdotte modifiche significative all'articolo 3 della legge 654 del 1975, in un'ottica di complessiva attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, e fu estesa l'applicabilità di tale legge anche alle discriminazioni religiose; ancora si introdusse la distinzione, con la conseguente differenziazione sanzionatoria, tra le condotte di mera diffusione delle idee e incitamento alla discriminazione e quelle di incitamento alla violenza, o di violenza, o di provocazione alla violenza[96].

Ulteriore novità fu l'introduzione della nuova fattispecie di reato costituita dalla condotta di chi "in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3".

La novella prevedeva, infine, una circostanza aggravante non suscettibile di bilanciamento (dunque "gestibile" *quoad poenam* unicamente con il criterio del cumulo materiale), per chiunque avesse commesso un reato per finalità di discriminazione o odio (etnico, nazionale, razziale o religioso), ovvero di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che avessero tra i loro scopi le medesime finalità.

Successivamente, l'articolo 13 della legge 85 del 2006 ha ulteriormente modificato l'articolo 3 comma 1 della legge 654 del 1975.

Da un punto di vista generale, con la riforma del 2006 furono introdotte rilevanti modifiche al codice penale in materia di reati di opinione, al fine di elevare il tasso di democrazia dell'ordinamento giuridico italiano attraverso l'eliminazione di una serie di reati fortemente contrastanti con la libertà di manifestazione del pensiero[97].

Per quanto attiene alle specifiche modifiche apportate alla legge Mancino, in primo luogo vi fu un'ulteriore diminuzione della pena prevista[98], in secondo luogo la condotta penalmente rilevante fu ulteriormente ridefinita passando dalla "diffusione in qualsiasi modo" alla "propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico"; dall'"incitare" all'"istigare a commettere" o "commettere" atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La sostituzione della locuzione "chiunque *diffonde* in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale" con il termine "propaganda" e della locuzione "*incita* a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza" con il termine "istiga" ha

---

[96] Il nuovo testo dell'articolo 3 comma 1 della legge 654/1975, puniva infatti con la reclusione sino a tre anni "chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; con la reclusione da sei mesi a quattro anni "chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi".

[97] Numerose critiche in merito alla 85 del 2006 si riscontrano in: INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in INSOLERA, a cura di, La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006, pp. 135 ss.; PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in Corr. giur., 2006, pp. 745 ss.; PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in Guida dir., 2006, fasc. 14, pp. 23 ss.; PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in Dir. pen. e proc., 2006, pp. 960 ss.; NOTARO, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in Leg. pen., 2006, pp. 401 ss.

[98] La novella sancí la reclusione fino a un anno e sei mesi alternativamente ad una multa fino a 6000 euro.

determinato un sostanziale mutamento della portata applicativa di questa legge.

Secondo parte della giurisprudenza[99], in particolare, il sostantivo "propaganda" evocherebbe un concetto più specifico della mera diffusione poiché presupporrebbe quantomeno un'organizzazione di mezzi e una molteplicità di interventi. Il termine, in sostanza, avrebbe ristretto le maglie del penalmente rilevante, con l'intento di evitare la penalizzazione della mera espressione di un'opinione. Per propaganda dovrebbe intendersi, infatti, la sola diffusione di messaggi specificatamente volta ad influenzare le idee ed i comportamenti dei destinatari e dunque idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata, al punto da condizionare o influenzare il comportamento e la psicologia di un vasto pubblico[100]. Allo stesso modo il termine istigazione rispetto al mero incitamento pare essere connotato dalla necessità di un livello minimo di idoneità ad influire sulle condotte e sulle convinzioni altrui; incriminare l'istigazione in luogo dell'incitamento sembrerebbe esprimere la volontà di punire pensieri fattivi che si estrinsecano attraverso un *quid pluris* rispetto alla loro mera manifestazione.

A fronte dell'evoluzione della normativa italiana, risulta evidente come la discriminazione fondata su uno stigma sessuale, in Italia, non rientri tra quelle espressamente considerate dalla legge n. 654 del 1975 e dalle sue successive modifiche.

Invero, similmente a quanto avviene in altri Stati europei, pur non prevedendo una tutela espressa per le persone LGTB, in Italia il "vuoto sanzionatorio" risulta comunque colmabile riferendosi al disposto dell'articolo 61 del codice penale che considera, come circostanza aggravante comune ad effetto comune, l'aver agito per motivi abietti.

Nonostante l'assenza di una effettiva tutela delle persone LGTB sia, dunque, solo apparente, sulla spinta del diffuso allarmismo mediatico/sociale, del percepito indebolimento generale di validi controlli sociali in grado di arginare il problema senza la necessità dello strumento penale e della volontà di adeguarsi alla politica europea in

---

[99] Il passo è estratto dalla premessa critica contenuta in Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 2012 (dep. 11/12/2012), n. 47894, e richiama la sentenza del Tribunale di Trento del 24/9/2009, e quella di conferma emessa dalla Corte di appello di Trento, annullata con rinvio dalla Suprema corte.

[100] Molto rilevante, a proposito del significato e delle conseguenze di tali sostituzioni terminologiche, la sentenza n. 37581 del 3 ottobre 2008 (Mereu, Rv. 241072.) con cui la sezione III della Corte di cassazione ha escluso una soluzione di continuità contenutistica del paradigma della condotta criminosa della "propaganda", affermando che, in tema di atti di discriminazione razziale ed etnica, anche a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 13 della l. 24 febbraio 2006, n. 85 all'articolo 3, comma primo, lett. a) della l. 13 ottobre 1975, n. 654 (come modificato dall'articolo 1 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modd. in l. 25 giugno 1993, n. 205), sussiste continuità normativa tra le corrispondenti fattispecie incriminatrici, in quanto la condotta consistente nel "propagandare" idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico era già ricompresa in quella, originariamente prevista, consistente nel "diffondere" in qualsiasi modo le medesime idee così tra la ipotesi di incitamento e quella di istigazione a commettere atti di discriminazione (..). Infatti, secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l'incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazione razziale continua a essere riprovevole nella successione delle leggi penali di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" non è altro che una precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma".

materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, è stato recentemente approvato dalla Camera dei deputati il disegno di legge numero 1052 del 19 settembre 2013.

Il D.d.l. S 1052, detto anche disegno di legge Scalfarotto, che costituisce il risultato della discussione congiunta delle proposte di legge C. 245[101] del 15 marzo 2013, C. 280 del 15 marzo 2013[102] e C. 1071 del 28 maggio 2013[103] , rappresenta un ponderato tentativo nella lotta alle discriminazioni determinate da movente omofobico dal quale emerge la convinzione che per contrastare i reati motivati dallo stigma sessuale non sia sufficiente una mera circostanza aggravante, ma sia necessario prevedere l'estensione dei reati puniti dalla legge n. 654 del 1975 a quelli di stampo omofobico.

Procedendo con ordine e partendo con l'analisi della precedente proposta di legge 245 del 2013 si rileva come l'articolo 1 di tale proposta, nel tentativo di rispettare i principi di determinatezza, si premurava di dare una definizione ai fini della legge penale dei concetti di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" ed "orientamento sessuale". Secondo tali definizioni per "identità sessuale" doveva intendersi l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale. Per "identità di genere" si doveva intendere la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico. Il "ruolo di genere" constava in qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna. L'"orientamento sessuale", infine era definito come l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi. Tale norma definitoria però non è stata approvata nel disegno di legge S 1052 del 13 settembre 2013.

Continuando nell'analisi si rileva la particolarità (non approvata nel disegno di legge Scalfarotto) dell'articolo 2 della proposta di legge 245 che reintroduceva, sostituendola espressamente alla precedente condotta di "propaganda", la condotta della "diffusione in qualsiasi modo delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale" e prevedeva nuovamente, sia alla lettera a), sia alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 654 del 1975, la condotta di "incitamento" in luogo della fattispecie più circoscritta dell'"istigazione", in linea con la citata Convenzione e con lo stesso articolo 3, comma 3, della suddetta legge.

Le pene previste erano graduate in rapporto alla gravità delle condotte realizzate. In caso di incitamento a commettere o di commissione di atti di

---

[101] Proposta di legge Salfarotto ed altri per le Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia.

[102] Proposta di legge Fiano ed altri per le modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di discriminazione razziale, e nuove norme in materia di discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone.

[103] Proposta di legge Brunetta per la modifica all'articolo 61 del codice penale, in materia di circostanza aggravante comune per i reati commessi per motivi di discriminazione.

discriminazione, è mantenuta la previsione, ridotta dalla riforma del 2006, della reclusione fino a un anno e sei mesi eliminando, tuttavia, l'alternatività con la multa. Analogamente, in caso di incitamento alla violenza o di commissione di atti violenti, non viene modificata la pena prevista, che va da sei mesi a quattro anni di reclusione.

La novità più rilevante della proposta di legge era, come precedentemente anticipato, l'inserimento tra i fattori di discriminazione considerati dall'articolo 3 della legge Mancino, dell'identità sessuale attraverso l'aggiunta dopo le parole: "*e religiosa*" delle parole: "*ovvero fondata sull'omofobia o sulla transfobia*".

L'articolo 3 coordinava le proprie disposizioni con tutte le disposizioni e tutte le rubriche degli articoli dello stesso decreto-legge n. 122 del 1993[104] e interveniva sul comma 1 dell'articolo 3 dello stesso, sostituendo alla parola: "*finalità*" il termine "*motivi*".

L'articolo 4, inoltre, modificava l'articolo 1 del decreto-legge 122 del 1993 convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, disponendo che il tribunale dovesse applicare obbligatoriamente, e non solo facoltativamente come fino ad ora previsto, anche la sanzione accessoria dello svolgimento dell'attività non retribuita a favore della collettività da parte del condannato, attività da potersi svolgere presso le associazioni che si occupano di tutela delle persone LGTB, al termine dell'espiazione della pena detentiva, per un periodo da sei mesi a un anno[105] e che doveva essere determinata dal giudice con modalità tali da non pregiudicare le esigenze lavorative, di studio o di reinserimento sociale del condannato. Anche tale disposizione non è stata approvata nel disegno di legge 1052 del 13 settembre 2013.

Infine, l'articolo 5 della proposta di legge 245, che sostituiva il comma 2 dell'articolo 3 del decreto-legge n. 122 del 1993, sanciva la prevalenza della circostanza aggravante, nel caso di reati commessi per le finalità indicate dal comma 1, rispetto alle circostanze attenuanti riconoscibili all'imputato.

Il successivo disegno di legge, così come approvato dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013, è frutto, come in parte anticipato nell'analisi della proposta di legge 245, di alcuni importanti emendamenti allo stesso.

In primo luogo è venuta meno la norma definitoria dei concetti di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" ed "orientamento sessuale".

In secondo luogo è venuta meno la riforma della pena accessoria dell'attività non retribuita in favore della collettività, attualmente disciplinata dall'art. 1 co. 1-*bis* e ss. decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 che resta, dunque, applicabile solo facoltativamente.

Di rilevante importanza sembra essere l'introduzione, al fine di contemperare le esigenze repressive con quelle sottese alla libertà di pensiero, di un comma 3-*bis* all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, e delle successive modificazioni, secondo il quale, ai sensi della suddetta legge, "*non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo*

---

[104] Convertito con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205.

[105] Attualmente, oltre ad essere facoltativa, essa è comminata per un periodo massimo di dodici settimane.

delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni".

Un'ulteriore novità del d.d.l. è sancita all'articolo 2, rubricato "*Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza*" che impone all'Istituto nazionale di statistica, nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, di assicurare lo svolgimento di una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza che ne misuri le caratteristiche fondamentali e individuare i soggetti più esposti al rischio con cadenza almeno quadriennale, ai fini della verifica dell'applicazione della presente legge e della progettazione e della realizzazione di politiche di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica e del monitoraggio delle politiche di prevenzione.

Il quadro complessivo che emerge dal testo approvato dalla Camera, ed ora all'esame del Senato, può dunque essere sintetizzato nei seguenti termini.

Sulla base di quanto sancito dal primo articolo del D.d.l. rubricato *"Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122"*, all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: *a)* al comma 1, lettere *a)* e *b)*, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "*o fondati sull'omofobia o sulla transfobia*"; *b)* al comma 3, primo periodo, dopo le parole: "o religiosi" sono aggiunte le seguenti: "*o fondati sull'omofobia o sulla transfobia*".

Attraverso l'estensione dell'ambito di applicabilità dei delitti previsti dall'art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, risulterebbe dunque punito con la reclusione fino a un anno e 6 mesi o la multa fino a 6.000 euro chi "*istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi*" fondati sull'omofobia o transfobia. Il dato testuale della nuova norma parrebbe invece escludere la possibilità di incriminare un soggetto che propagandi idee fondate sulla omofobia o transfobia, a differenza di quanto avviene nel caso di soggetto che propagandi idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (trattasi probabilmente di una svista). Sarebbe inoltre punito con la reclusione da 6 mesi a 4 anni chi in qualsiasi modo istighi a commettere o commetta violenza o commetta atti di provocazione alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia. Infine, chiunque partecipi o presti assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia sarebbe punito con la reclusione da 6 mesi a 4 anni. La pena prevista per coloro che promuovano o dirigano tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, sarebbe la reclusione da 1 a 6 anni.

Inoltre, sarebbero (facoltativamente) applicabili ai suddetti delitti anche le pene accessorie previste dall'art. 1 co. 1-*bis* e ss. decreto legge 122 del 1993.

L'estensione dell'ambito di applicabilità delle norme di cui all'articolo 3 della legge 654 del 1975 comporterebbe anche un ampliamento delle fattispecie di cui all'articolo 2 del decreto legge 122 del 1993, ad esse connesse.

Si segnala, infine, l'estensione della portata della circostanza aggravante c.d. "di odio", prevista dall'articolo 3 comma 1 del decreto legge 122 del 1993, che diverrebbe applicabile anche ai fatti fondati sull'omofobia o transfobia[106].

4. D.d.l. Scalfarotto: evoluzione o involuzione?

Appurato come la maggior parte degli Stati membri abbia provveduto ad inserire le manifestazioni omofobiche tra le fattispecie penalmente rilevanti o tra i moventi che integrano una circostanza aggravante, è doveroso interrogarsi sull' opportunità che il nostro ordinamento si allinei a questo *trend* normativo. L'introduzione di una circostanza aggravante comune ad effetto speciale o l'introduzione di una fattispecie autonoma di reato volta a reprimere e sanzionare i comportamenti criminali motivati dalla "ideologia" omofoba sono realmente le soluzioni più adeguate per contrastare il fenomeno delle discriminazioni fondate sulle inclinazioni sessuali?

Il tanto auspicato ma altrettanto criticato intervento, che porterebbe all'introduzione di una norma penale repressiva delle condotte discriminatorie su base omofobica, poggia, nel nostro ordinamento, sul principio di uguaglianza e di pari dignità, come declinato dall'articolo 3 Costituzione e sul principio sancito dall'articolo 117 comma 1 della Costituzione che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come la Convenzione di New York del 1966, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolar modo l'articolo 14) e l'articolo 19 TFUE[107].

Sia in campo nazionale sia in seno alla competenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, molti sono i problemi emersi in ordine al bilanciamento fra due principi, entrambi solennemente riconosciuti: da un lato la libertà di manifestazione del pensiero e dall'altro il principio di pari dignità degli uomini.

Ogni attacco verbale o fisico, diretto o indiretto, fondato sullo stigma sessuale subito da una persona rappresenta, infatti, la violazione dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione ad ogni uomo inteso come singolo o all'interno delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. In particolar modo, rappresenta una palese violazione del principio di uguaglianza e di pari dignità umana in ottemperanza dei quali è posto il divieto di discriminazioni, ovvero distinzioni irragionevoli, basate sul sesso, sulle condizioni personali e sociali, sulla fede religiosa.

La dignità umana è un connotato essenziale ed imprescindibile della persona e

---

[106] Va ricordato che le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 c.p., concorrenti con l'aggravante in parola, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa, e che le diminuzioni di pena si devono invece operare sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

[107] Si veda BONOMI, PAVICH, *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 questa *Rivista*, 13 ottobre 2014.

viene dunque invocata a sostegno della scelta di criminalizzazione poichè ritenuta idonea a legittimare l'opzione penale, sul presupposto che qualsiasi condotta dettata da motivi discriminatori fondati sull'orientamento sessuale di una persona sia suscettibile di offenderla[108].

Il concetto di dignità, invero, è molto fluido e idoneo a supportare argomentazioni versatili e contrapponibili grazie alla sua natura proteiforme. Autorevole dottrina ha individuato tre aspetti dell'essere umano ai quali corrispondono tre diversi concetti di dignità umana[109]: l'uomo come essere personale a cui si attribuisce dignità della persona (che può, a sua volta, assumere una dimensione individuale o collettiva intesa come umanità o moralità[110]); l'uomo come essere sociale a cui si attribuisce dignità sociale; l'uomo come essere naturale a cui si attribuisce dignità nel senso di autonomia. Certamente, all'attribuzione di un fondamento costituzionale per legittimare l'incriminazione dell'omofobia, basato sul principio della tutela della dignità umana, si potrebbe obiettare che il sanzionare la manifestazione di un pensiero equivale, a sua volta, a violare la dignità umana di cui la libertà di espressione rappresenta uno degli aspetti. Si punirebbe dunque un soggetto, ledendo la sua dignità come singolo, poiché, attraverso una sua condotta omofobica ha leso la dignità umana intesa nella sua accezione sociale/collettiva. A ciò si aggiunga il fatto che fondare la reazione penale dello Stato sul bene giuridico della dignità umana comporta il rischio di subordinare sempre ad esso tutti gli altri diritti inviolabili dell'uomo costituzionalmente garantiti come la libertà di manifestazione del pensiero e i fondamentali principi del nostro ordinamento come il principio di uguaglianza sostanziale garantito da secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, nonché il principio di offensività e materialità[111]. Tale ultimo aspetto rappresenta una delle più forti obiezioni alla scelta legislativa di criminalizzare le condotte omofobiche.

Infatti, poiché la dignità, ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, è un bene egualitario, l'introduzione nell'ordinamento penale di una norma che tuteli in particolar modo una categoria di persone, differenziandola dalle altre in quanto ritenuta particolarmente vulnerabile, può creare una sorta di privilegio idoneo a causare l'introduzione, non auspicabile, di autentiche discriminazioni "a rovescio".

La dignità umana, inoltre, dovrebbe giustificare l'adozione di tutele particolari solamente per soggetti che per determinate condizioni siano nell'impossibilità di esercitare l'autonomia (ovvero la dimensione "naturale" della dignità contrapposta a quella sociale e a quella personale[112]). Prevedere, dunque, una tutela penalistica privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale rischia in altri

---

[108] RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti),* in. Rivista di Diritto Civile, 2002, p. 801 ss.

[109] BOBBIO, *Introduzione alla filosofia del diritto,* Torino, 1948, p. 146.

[110] MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana,* in AA.VV., *Diritti fondamentali e diritti sociali,* a cura di M. Cossutta, Trieste, 2012, p. 119.

[111] VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività,* in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti,* Giuffrè, 1982, ora in *Scritti giuridici,* vol. I, Giuffrè, 1997, p. 886 ss.; FIORE, *Il principio di offensività,* in *Indice pen.,* 1994, p. 276 ss.

[112] BOBBIO, *Introduzione alla filosofia del diritto,* Torino, 1948, p. 146.

termini di rivelarsi discriminatorio nei confronti della dignità delle persone LGTB, proprio in quanto attribuirebbe in via astratta a tali individui una condizione di incapacità (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere personale[113].

Ulteriore principio posto a fondamento del recente disegno di legge è il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'articolo 3 comma 2 della Costituzione[114]. Tale fondamento costituzionale è utilizzato per motivare la ragionevolezza di una tutela penale privilegiata in favore delle vittime di condotte omofobiche[115], che dovrebbe "riequilibrare" legislativamente posizioni ritenute non sostanzialmente eguali perché considerate più vulnerabili. Nonostante la funzione di parametro di ragionevolezza assunta dal principio di uguaglianza sostanziale sia pacifica sia in dottrina[116] che in giurisprudenza[117], essa attribuisce alla sanzione penale anche una funzione di promozione[118] delle condizioni personali, sociali, culturali e dunque di strumento di "direzione sociale"[119], anziché di mero "controllo sociale". Tale connotazione, invero, è criticata dalla dottrina penalistica poiché se è innegabile che la funzione promozionale del diritto può esprimersi in tutti i rami dello stesso, proprio nel perseguimento dell'uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 comma 2 Costituzione[120], alla stregua dei principi costituzionali vigenti, della funzione della pena, e del connotato democratico dell'ordinamento penale, non è ammissibile una funzione promozionale del diritto penale, quale strumento di rimozione delle cause di disuguaglianza[121]. Si ritiene a questo punto opportuno ricordare che gli altri rami del

---

[113] RICCARDI, *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell'intervento penale*, in questa *Rivista*, 30 settembre 2013, pp. 13 e ss.

[114] PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 14-15, sottolinea il rischio che la criminalizzazione delle manifestazioni di odio, sotto forma di discorsi discriminatori, giustificata con il richiamo al principio di uguaglianza ed al connesso divieto di discriminazioni sanciti dall'articolo 3 della Costituzione, attribuisca rilevanza penale anche ad innocue e frequenti affermazioni banalmente denigratorie.

[115] DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 26.

[116] C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, rispettivamente, IX ss., 91 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 350 ss.

[117] Sent. n. 15 del 1960, sent. n. 96 del 1980, sent. n. 340 del 2004.

[118] Si vedano: NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democr. dir.*, 1977, p. 661; NEPPI MODONA, VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 198 ss.

[119] Si vedano: M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 984 ss.; GAMBERINI, INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. 135 ss.

[120] In merito alla teorizzazione del modello giuridico promozionale e all'estraneità del diritto penale alla dimensione propulsiva si vedano BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in Riv. it. dir. proc. civ., 1969, p. 1312 ss.; PALIERO, *Minima non curat Praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, p. 123 ss.

[121] Proprio sulla base di tale questione in passato il Parlamento italiano ha sistematicamente respinto i diversi disegni di legge presentati, accogliendo, da ultimo nel luglio del 2011, due questioni di pregiudizialità, basate sul principio di uguaglianza ex articolo 3 della Costituzione, nonché sul principio di legalità (in particolare sul principio di precisione) ai sensi dell'articolo 25, comma 2 della Costituzione; su

diritto ove la funzione promozionale volta all'eliminazione degli ostacoli all'uguaglianza sostanziale è ritenuta doverosa, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti, non solo non hanno ancora riconosciuto alle persone LGTB il matrimonio tra persone dello stesso sesso, il riconoscimento delle coppie omosessuali, l'adozione sia singola che congiunta da parte di coppie omosessuali, la surrogazione di maternità per le coppie di sesso maschile e l'accesso alla fecondazione artificiale per le coppie di sesso femminile; ma addirittura sono in una condizione di totale arretratezza anche nella discussione e nel confronto parlamentare e pubblico, rispetto a tali temi. Sembra dunque che il legislatore ceda più facilmente alla tentazione di utilizzare lo strumento sanzionatorio in nome del principio di uguaglianza sostanziale invece che farsi realmente portatore degli interessi delle persone LGTB.

Come tutte le norme che introducono reati d'opinione, il D.d.l. Scalfarotto esprime anche una prospettiva sostanzialmente "moralizzante". Esso palesa infatti anche uno scopo ideologico tipico di un diritto penale propulsivo[122] che non mira solo a tutelare specifici beni giuridici ma vuole essere uno strumento per imporre una diversa visione sociale, una sensibilità nuova, una scala di valori e disvalori che la società deve metabolizzare.

Strettamente connesso con quanto appena affermato è il problema del rapporto tra il principio di laicità dello Stato e gli interventi legislativi quali quelli prospettati dal disegno di legge Scalfarotto. Il principio di laicità dello Stato[123] è uno dei principi cardine che dovrebbero connotare il nostro ordinamento e così orientare le scelte di politica criminale[124].

Esso impone la separazione concettuale tra legge penale e morale; così esige che l'ordinamento penale sia neutrale ed equidistante rispetto alle diverse concezioni del mondo[125]. Pertanto gli interessi politico-elettorali, religiosi, confessionali,

---

questo tema si veda DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, Dir. pen. proc., 2011, 1393 ss.

[122] Si vedano in tal senso: M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali,* in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 494 ss.; CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali,* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 139 ss. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti,* in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 1546 ss., FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici,* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006., I, p. 283 ss.

[123] Si vedano sul tema: PULITANÒ, *Laicità e diritto penale,* in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 55 ss., STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale,* in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione,* a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, 1985, p. 309 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati,* in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1981, p. 477 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati,* in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone,* I, Milano, 1991, p. 167 ss., CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Diritto Penale*, parte generale, Bologna, 2007, p. 225 e ss.

[124] Il principio di laicità o non-confessionalità dello Stato, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale, e connota "uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica"(Corte Costituzionale, sent. 11 aprile 1989, n. 203).

[125] Si veda M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali,* cit., p. 495.

opportunistici, ecc. non dovrebbero in alcun modo influire nelle scelte di politica criminale del legislatore.

In realtà, la progressiva affermazione della laicità dell'intervento penale, e dunque la secolarizzazione dei beni giuridici tutelati, sembrano vivere da tempo una profonda crisi. Sia a livello politico che a livello sociale, infatti, pare essersi sviluppato un processo di ri-eticizzazione del diritto penale e l'attuale dibattito, parlamentare e sociale, sull'omofobia altro non fa che confermare, ancora una volta, la penetrazione della dimensione morale nella sfera pubblica.

È evidente, per quanto sin qui affermato, come il principio di laicità dello Stato comporti, nell'autentica espressione della tutela della libertà dell'individuo, l'estraneità della legge alle questioni attinenti le scelte morali o etiche del singolo imponendo piuttosto che la direzione dell'intervento legislativo sia quella di optare per scelte di politica criminale che garantiscano indistintamente tutti i consociati.

In tale prospettiva, la creazione di uno "statuto penale privilegiato" a tutela di un determinato gruppo di persone caratterizzato, nel caso specifico, dall'orientamento sessuale, rischia di compromettere la neutralità e l'equidistanza dell'ordinamento rispetto agli eteronomi interessi sociali contrapposti.

Il disegno di legge Scalfarotto non ha dunque risolto il contrastato dibattito e piuttosto ha "accresciuto" le profonde inquietudini legate alla funzione del diritto penale.

Infatti, pur comprendendo e condividendo l'intenzione di offrire una doverosa tutela a persone ritenute particolarmente vulnerabili, rileva osservare come l'intervento legislativo potrebbe comportare più problemi di quelli che teoricamente vorrebbe risolvere.

Tale disegno di legge, cosí come quello riguardante l'introduzione nell'ordinamento penale italiano del reato di negazionismo[126], si pone, infatti, in netta contrapposizione rispetto allo spirito che ha guidato il legislatore nella redazione della legge n. 85 del 24 febbraio 2006, che apportava modifiche al codice penale in materia di reati di opinione per tentare di perseguire l'obiettivo di "cancellare, per la prima volta nella storia della Repubblica, una serie di reati che ormai nulla avevano a che fare con la libertà di pensiero e di opinione che caratterizza uno stato democratico alzando il tasso di democrazia del Paese"[127].

---

[126] Si veda in tal senso, FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p.131 e ss. e FRONZA, GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in questa *Rivista*, 29 ottobre 2013; MEOLI, *Negazionismo e antinegazionismo in Europa, in Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa,* in www.europeanrights.eu, 2010, newsletter 22; PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in Quaderni Costituzionali, dicembre 2013, pp. 879-904.

[127] Nel perseguimento di tali obiettivi e considerando i principi costituzionali su cui poggiano furono espunte dal codice alcune fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato non più rispondenti alle mutate esigenze di tutela: si tratta agli artt. 269, 279, 279, 292-bis e 293 del codice penale. Inoltre, altre ipotesi di reati inerenti alla manifestazione di opinioni ed ideologie politiche furono riformulati in modo da presentare una connotazione maggiormente specifica rispetto alla dizione precedente, integrando la condotta perseguita non più i meri "*fatti diretti*", bensì "*atti violenti diretti ed idonei*" (così il nuovo testo degli artt. 241, 283, 289 cod. pen.) introducendo dunque, a livello legislativo, il principio della idoneità

Il punto centrale, invero, oggi come allora, resta la sentita esigenza di tutela di principi fondanti un ordinamento costituzionale improntato sul metodo democratico, sul pluralismo politico, sull'autentico valore dell'eterogeneità sociale e soprattutto sulla libertà di manifestazione del pensiero[128].

Si deve a questo proposito riconoscere come, rispetto alla proposta di legge 245 del 2013, il successivo disegno di legge approvato il 19 settembre ha ovviato ad alcuni aspetti notevolmente problematici presenti nella stessa, che facevano temere un vero e proprio regresso rispetto a quanto "conquistato" in termini di principio di determinatezza attraverso le modifiche apportate dalla legge 85 del 2006.

Nella proposta di legge 245 del 2013, destava, infatti, una certa preoccupazione la formulazione di taluni elementi costitutivi del nuovo reato[129]; ci si riferisce in particolar modo alla proposta reintroduzione, in sostituzione alla precedente condotta di propaganda, della condotta della "diffusione in qualsiasi modo", delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale prevista sia alla lettera a), sia alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 654 del 1975, e della reintroduzione, in luogo della fattispecie più circoscritta dell'istigazione, della condotta di incitamento.

Le condotte, così delineate, avrebbero annullato il lungimirante e provvido intento del precedente intervento legislativo, la legge 85 del 2006, che mirava a risolvere il problema del possibile contrasto con il principio sancito dall'articolo 21 della Costituzione. Attraverso l'utilizzo del concetto di "propaganda" e di "istigazione" infatti si era quanto meno tentato di restringere il campo applicativo della norma, costituendo indirettamente un criterio di concreta idoneità della condotta a smuovere gli animi altrui verso atteggiamenti omofobi. Ciò, pur non eliminando totalmente i dubbi di legittimità costituzionale della legge, era perfettamente in linea con gli interventi giurisprudenziali che in altre occasioni (si pensi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 65 del 1970) avevano fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata di reati, quali l'apologia di delitti, che sanzionavano sostanzialmente l'espressione di un'opinione.

Fortunatamente, non essendo stato approvato l'articolo 2 della proposta di legge 245 del 2013, tale rischio è stato eliminato.

Un altro merito del disegno di legge S 1052 è quello di non aver approvato

---

della condotta a ledere il bene giuridico, nel rispetto del principio di offensività. Inoltre, in diverse occasioni la Corte Costituzionale è adita per il vaglio di legittimità costituzionale di altre norme del codice penale rispetto ai principi costituzionali, ravvisando talvolta l'effettivo contrasto e offrendo in altri casi un'interpretazione orientata. La frequenza degli interventi giurisprudenziali ha evidenziato come la riforma del 2006 debba essere interpretata come intervento di più ampio respiro rispetto ai reati espressamente ivi indicati; si pensi alle numerose pronunce in tema di tutela penale del sentimento religioso, quando nell'ambito del vaglio di legittimità costituzionale degli articoli 402, 404 e 405 del codice penale la Corte accolse in riferimento agli artt. 3 e 8 della Costituzione, e le questioni di legittimità costituzionale sollevate per disparità di trattamento tra la religione cattolica e le altre religioni.

[128] SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 689 ss.

[129] Si veda, BONOMI, PAVICH, *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 questa *Rivista*, 13 ottobre 2014 *passim*.

l'articolo 3 della proposta di legge 245 che annoverava tra le circostanze aggravanti, non già i reati "commessi per finalità di discriminazione", ma per "motivo di discriminazione". Tale sostituzione di termini avrebbe potuto determinare un un effetto potenzialmente molto rilevante: la reintroduzione, in netto contrasto con la normativa vigente dal 2006, di un reato d'opinione, e avrebbe potuto attribuirgli un aggravamento della pena anche se sostanzialmente non connotato da intenti discriminatori.

Tanto premesso è possibile compiere alcune ulteriori considerazioni in merito all'opportunità di un intervento legislativo a tutela delle persone LGTB.

Innanzitutto non se ne riscontra una effettiva necessità nell'ottica di tutelare le persone da atteggiamenti discriminatori espressi nelle varie forme possibili.

Il nostro ordinamento penale, infatti, offre già, a tutela dell'individuo nelle sue libere espressioni di autodeterminazione, un ricco "armamentario" di fattispecie di reato finalizzate a "proteggere" da atti di violenza, di offesa e di discriminazione in ragioni dell'orientamento sessuale: si pensi ai delitti di ingiuria, di diffamazione, di minacce, di violenza privata, di atti persecutori, di maltrattamenti, di percosse, di lesioni, di omicidio, tutti aggravabili dalla circostanza comune ad effetto comune dei motivi "abietti", di cui all'articolo 61 n. 1 c.p.

In secondo luogo, il rischio maggiore attualmente prevedibile è che, stante l'indeterminatezza del nuovo disegno di legge e stante l'obiettivo di perseguire penalmente tutti gli atti di discriminazione fondati sulla omofobia e la transfobia, si giunga a vietare o comunque a "reprimere" qualunque manifestazione di opinioni contrapposte all'omosessualità come negare l'ammissibilità del matrimonio omosessuale o dell'adozione di bambini da parte delle coppie omosessuali o il formulare giudizi di disvalore degli atti omosessuali sulla base di un credo religioso. L'ovvia conseguenza di una tale scelta legislativa sarebbe la sistematica violazione dei diritti e le libertà fondamentali costituzionalmente garantite come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di professare il proprio credo religioso e la libertà di educazione dei genitori verso i figli che, indubbiamente, deve comprendere anche l'educazione sessuale.

Pur essendo certamente molto apprezzabile, e riconoscendo un indiscutibile salto di qualità rispetto a quanto prevedeva la proposta di legge 245, il tentativo di contemperare le esigenze repressive con quelle sottese alla libertà di manifestazione del pensiero attraverso l'introduzione di un comma 3-*bis* all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, non sembra infatti del tutto efficace.

Con tale introduzione, sembrerebbero potersi escludere dall'ambito dell'applicabilità della sanzione penale le libere espressioni e manifestazioni di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, che non sarebbero, quindi, ritenute discriminazioni o istigazioni alla discriminazione, salvo che non istigassero all'odio o alla violenza. Alle medesime condizioni non sarebbero incriminate neppure le condotte conformi al diritto vigente anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni.

In realtà, il meritevole tentativo di tutelare la libera manifestazione del pensiero rischia di rimanere tale e di non raggiungere effettivamente il nobile obiettivo poiché sembra purtroppo permanere quello che può definirsi uno dei maggiori punti dolenti del disegno di legge analizzato: il mancato rispetto del principio di determinatezza della norma penale così come sancito dall'articolo 25 della Costituzione.

Ed infatti, pur volendo dare credito alla decisione di introdurre una disposizione che dovrebbe garantire la libera manifestazione del pensiero, la normativa indubbiamente appare ancora fondata su elementi costitutivi di natura emozionale, come i concetti di "omofobia", "transfobia" o "discriminazione", "odio": concetti vaghi, nebulosi, indeterminabili, difficilmente circoscrivibili ed identificabili in modo tassativo nella loro portata applicativa; concetti certamente non fondati su elementi costitutivi di tipo descrittivo o naturalistico, ovvero elementi che facciano riferimento a realtà individuabili con sufficiente sicurezza.

Questa vaghezza di contenuti potrebbe, dunque, facilmente costituire il terreno fertile per interpretazioni delle norme che sconfinano nell'arbitrario, con il rischio di "scivolare" in abusi di discrezionalità in cui al principio del "libero convincimento" si sostituisca di fatto quello del "convincimento libero" fondato o contaminato da ideologie personali, veri e propri soggettivismi ideologici o caratteriali e a possibili decisioni giurisprudenziali contrapposte in palese violazione dei principi costituzionalizzati di legalità-tassatività e di uguaglianza del cittadino di fronte alla legge. In particolare la locuzione "atti di discriminazione"[130] ha certamente carattere normativo e deve necessariamente riferirsi ai contenuti provenienti da diversi settori extrapenali quali quello storico, sociale e culturale, ecc. In tal senso, evidente risulta la sua consistenza variabile o addirittura sfuggente.

Dunque, per quanto riguarda le riflessioni sulla specifica introduzione di un tentativo di contemperamento della necessità sanzionatoria e del principio di libera manifestazione del pensiero, palesi sono le problematiche riguardanti sia la vaghezza concettuale sia la difficoltà probatoria rispetto a quella che si rivela una componente

---

[130] Esistono, invero, molteplici definizioni di discriminazione: una nozione di discriminazione è descritta dall'articolo 1 della Convenzione di New York, secondo il quale essa "sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica". La giurisprudenza italiana ha tentato a sua volta di fornire una descrizione della discriminazione, intendendola come "sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore" "sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità" (Cass., Sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590, Rv. 246892.); "pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza"(Cass., Sez. V, 28 dicembre 2009, n. 49694, Rv. 245828.). A ciò si aggiunga che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la discriminazione è descritta in modo assai generico e ampio: essa consiste infatti nel trattare in modo differente, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni comparabili si vedano in tal senso Cedu, sentenza n. 42184/05, 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* punto 61, e Cedu, sentenza n. 57325/00, 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca*, punto 175; Cedu, sentenza n. 13378/05, 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito*, punto 60.

fortemente interiore/soggettiva[131].

Il concetto di discriminazione e ancor più, quello di "odio", in quanto "sentimento", sono definiti da un linguaggio tipicamente connotativo, e non già denotativo, pertanto preponderante risulta l'enucleazione di elementi normativi, valutativi, normativamente ricognitivi, a scapito degli elementi descrittivi ed empiricamente cognitivi che dovrebbero denotare i "fatti" oggetto di prova.

A ciò si aggiunga che anche l'utilizzo della locuzione "pluralismo delle idee" rappresenta l'espressione di un concetto vago, nebuloso e dai contorni indefiniti e di altrettanto infelice formulazione sembra essere l'espressione "non costituiscono discriminazione né istigazione alla discriminazione le condotte conformi al diritto vigente", poiché da un lato essa appare tautologica in quanto altro non fa se non dire che è lecita la condotta conforme al diritto e dall'altro presenta anche una forte criticità proprio per l'utilizzo del termine "diritto" in luogo del termine "legge".

Il D.d.l. Scalfarotto, dunque, anche con l'introduzione del comma 3-*bis* all'articolo 3 della legge n. 654 del 1975, non offre alcuno strumento per operare una distinzione certa e chiara tra opinione sanzionabile e opinione non sanzionabile, con il rischio di ridurre ogni genere di opinione potenzialmente e astrattamente omofoba al rango di pregiudizio discriminatorio in quanto istigatore all'odio o alla violenza. Lo stesso estensore del D.d.l. dichiarava nella relazione della precedente proposta di legge 245 del 2013 che "*la differenza tra un mero pregiudizio e una reale discriminazione dipenderà ovviamente dalle condizioni di tempo di luogo, nel corso delle quali si manifesterà il messaggio, dalle modalità di estrinsecazione del pensiero, da precedenti condotte dell'autore…*". Risulta evidente, anche sotto questo profilo, che l'eventuale intervento normativo potrebbe attribuire un eccessivo livello di discrezionalità per i giudici, permettendo potenzialmente di sanzionare penalmente tutte le opinioni non ritenute consone al vago spirito della norma.

Forti dubbi emergono anche riguardo all'effettività di questa norma, ovvero, sulla sua concreta capacità di arginare il fenomeno sociale di cui tanto si discute; in particolar modo sembra dubbia la sua forza deterrente nell'ottica della funzione generalpreventiva.

Molti altri sono stati gli interventi legislativi che infruttuosamente hanno inasprito la reazione sanzionatoria per crimini come gli atti persecutori, le violenze sessuali, la pedoprostituzione o la pedopornografia e l'incriminazione dei reati commessi per un movente omofobico non sembra poter rappresentare l'eccezione rispetto alla generale regola di inefficienza riscontrata in tale tipo di decisioni di politica criminale.

A ciò si aggiunga che, in generale, i reati di opinione si sono rivelati inidonei a promuovere e veicolare nei consociati idee di tolleranza e fenomeni di inclusione culturale; al contrario, spesso, hanno determinato ulteriori reazioni di intolleranza o addirittura maggiori discriminazioni proprio a causa della censura di ogni idea diversa

---

[131] Si veda in tal senso RICCARDI, *Omofobia e legge penale, possibilità e limiti dell'intervento penale*, in questa *Rivista*, 30 settembre 2013.

o impopolare e della relegazione delle opinioni scomode in un area di clandestinità che certamente non risolve e addirittura aggrava gli eventuali problemi socio-culturali sottostanti.

La conseguenza scontata che ne deriva è la diffusione e il rafforzamento dell' intolleranza indirizzata paradossalmente allo stesso tempo a destinatari diversi: verso le persone LGTB, verso chi abbia differenti punti di vista rispetto agli orientamenti sessuali che si discostano dall'eterosessualità, e verso chi manifesti disapprovazione o semplici perplessità su argomenti come il matrimonio o le adozioni fra persone del medesimo sesso o chi per motivi religiosi non dimostri apertura verso persone LGTB.

Introdurre un reato di opinione contro le discriminazioni fondate sullo stigma sessuale potrebbe comportare, concorrendone al potenziamento, un indesiderato effetto criminogeno: la politica criminale sottesa a questa scelta legislativa, infatti, non tiene in considerazione il fatto che, qualora si indeboliscano o addirittura manchino dei validi impulsi sociali a livello familiare, scolastico, religioso, associativo, giuridico e democratico vi sarà normalmente un proporzionale incremento di condotte antisociali (in un rapporto di proporzionalità inversa per cui il numero dei soggetti che commettono il reato cresce con il decrescere di tali sistemi di controllo). Se proprio a causa dell'indebolimento dei controlli socio-culturali e della "istituzionalizzazione" del diffuso clima omofobo, la "minoranza" LGTB è percepita come deviante rispetto alle posizioni dominanti, allora anche il rifiuto, l'esclusione, lo stigma e la violenza possono arrivare a risultare giustificabili. Preso atto che la "patologizzazione" del singolo individuo nasconde un problema sociale più ampio e complesso, riconosciuta la multidimensionalità dell'omofobia si dovrà riconoscere inevitabilmente la necessità di un approccio multidisciplinare a questo problema.

In un ordinamento laico, moderno e democratico, invero, si dovrebbe affrontare il fenomeno sul piano innanzitutto culturale, delegittimando e falsificando le espressioni di odio, e mantenendo un atteggiamento di *tolleranza verso gli intolleranti* [132].

Un ultimo aspetto che sembra opportuno sottolineare è l'assenza in Italia di dati oggettivi che dimostrino l'esistenza di una effettiva e concreta "emergenza omofobia" e dunque l'assenza di una fondata giustificazione per una legge che comporta un elevato rischio di introdurre un mero reato d'opinione.

A ciò si aggiunga che l'esperienza europea, con il suo quasi totale allineamento degli Stati membri alla politica di incriminazione espressa del movente omofobico, non presenta alcun dato rilevante rispetto al decremento del fenomeno omofobia a seguito dell'introduzione delle suddette norme.

A livello socio culturale, al contrario, vi è una sorta di omogeneità tra i Paesi che hanno introdotto specifiche norme per contrastare l'omofobia e i Paesi come l'Italia, che ancora non hanno legiferato in tal senso[133].

L'idea che l'omosessualità debba essere pacificamente accettata dalla società è prevalente nella maggior parte dei paesi dell'Unione europea esaminati: concordano

---

[132] PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 18.
[133] http://www.pewglobal.org/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/

con questa posizione di ampia accettazione l'88% delle persone intervistate in Spagna, l'87% in Germania, l'80% nella Repubblica Ceca (pur priva di una specifica norma per contrastare l'omofobia), il 77% in Francia, il 76 % in Gran Bretagna, il 74% in Italia; si discostano da questa posizione la Grecia dove solo il 53% delle persone intervistate hanno manifestato accettazione rispetto a orientamenti sessuali diversi dall'eterosessualità e la Polonia con solo il 42 %.

Non vi sono, pertanto, delle evidenze rispetto ad una maggior efficienza nella lotta contro le discriminazioni omofobiche degli Stati che prevedono espresse sanzioni penali rispetto a quelli che non le hanno introdotte.

A tal proposito è doveroso rilevare ancora la lodevole iniziativa costituita dall'articolo all'articolo 2 del disegno di legge Scalfarotto, rubricato "*Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza*", che impone all'Istituto nazionale di statistica, nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali, di assicurare lo svolgimento di una rilevazione statistica sulle discriminazioni e sulla violenza che ne misuri le caratteristiche fondamentali e individuare i soggetti più esposti al rischio con cadenza almeno quadriennale, ai fini della verifica dell'applicazione della legge e della progettazione e della realizzazione di politiche di contrasto della discriminazione e della violenza di matrice xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica e del monitoraggio delle politiche di prevenzione.

Certamente, tale disposizione avrebbe dimostrato una maggiore utilità se proposta antecedentemente e indipendentemente dalla decisione di redigere una legge per la lotta contro l'omofobia, in modo da utilizzare un valido strumento, attualmente scarsamente sfruttato nell'ordinamento italiano, in grado di fornire una panoramica della società e delle problematiche di tipo criminale quanto più realistica, verosimile e non strumentalizzata. A tale proposito si rinvia alle riflessioni finali.

5. Conclusioni

Preso atto di quanto sin qui descritto e tenuto conto di tutti i rischi che l'introduzione di una norma quale quella proposta nel disegno di legge 245 del 2013 comporterebbe, sembra potersi concludere nel senso, da un lato, di non ritenerla strettamente "necessaria", dall'altro, di ritenerla in potenza inopportuna.

Affidare la risposta del problema sociale dell'omofobia al diritto penale non può che risultare una decisione fallace poiché disattende alcuni principi fondamentali della criminologia che valgono certamente per tutti gli atti discriminatori.

Il primo principio afferma che esiste un rapporto di proporzione inversa tra condotta antisociale e validi controlli sociali (come già anticipato trattasi dei sistemi di controllo socio-culturale come la famiglia, la scuola, le associazioni, la democrazia, la religione, etc.), nel senso che il numero di coloro che pervengono al delitto cresce col decrescere di tali sistemi.

Il secondo principio afferma che esiste un rapporto di proporzione inversa tra controlli socio-culturali e controlli penali, in quanto alla attenuazione dei primi cerca di supplire l'estensione e l'irrigidimento dei secondi. È storicamente dimostrato, infatti,

che al progressivo indebolimento delle spinte socio-culturali contrapposte al crimine determinato dalla diffusione e predominanza di un sistema di disvalori criminogeni e di prassi che palesano la degenerazione della "cultura dei diritti" nella "caricatura dei diritti propri" o nella estrema enfatizzazione degli interessi personali a discapito dell'interesse comune, consegue un incremento quantitativo ed un deterioramento qualitativo del diritto penale[134].

Diritto penale simbolico dunque: ancora una volta, la spada da sfoderare teatralmente per dimostrare la sollecitudine della classe politica nel combattere alcune forme di criminalità e nel rispondere alla richiesta di sicurezza dell'elettorato[135].

Una spada certo, ma come un disegno su un foglio di carta che altro non può fare se non essere guardato, incapace di agire effettivamente nel perseguimento dello scopo prefissato.

Purtroppo, accertata la vanificazione del primario sistema di controlli socio-culturali, indebolitasi la disapprovazione collettiva delle condotte antisociali di natura discriminatoria, l'unico sistema di controllo a cui la società moderna attualmente si appiglia sembra essere il diritto penale. In tal modo, dalla sua connaturale funzione sussidiaria di *extrema ratio* il diritto penale assurge ad *unica ratio*, rivelandosi immediatamente ed inesorabilmente inadeguato a contrastare efficientemente i tanto temuti fenomeni sociali che frequentemente richiamano l'attenzione pubblica[136].

Proprio nell'approfondimento di tali riflessioni, autorevole dottrina[137] evidenzia un fenomeno piuttosto preoccupante: in Italia, attualmente, la società sembra percepire il diritto penale come "la nuova etica pubblica", le scelte etiche condivise paiono essere solo quelle sancite dal diritto penale, tanto che una condotta è percepita come socialmente riprovevole e pertanto censurabile soltanto se riconosciuta come penalmente rilevante dall'ordinamento penale.

In assenza di un sistema di valori concretamente condiviso, il sentire sociale sembra mediato esclusivamente dalla giustizia penale e la morale pubblica si identifica con il perimetro della incriminazione penale. Di qui la sua tanto progressiva quanto pericolosa ed inefficiente centralità, a discapito di tutte le valide forme di controllo e sanzioni alternative[138].

---

[134] MANTOVANI, *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, http://www.scienzaevitafirenze.it/cms/Persona/i-delitti-di-omofobia-e-di-transfobia-e-le-inquietudini-giuridiche.html.

[135] Della medesima opinione, rispetto al tema dell'introduzione negazionismo come circostanza aggravante comune (nell'art. 3 della c.d. legge Mancino) PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in questa *Rivista*, 16 marzo 2015, p. 6.

[136] MANTOVANI, *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche* , cit.

[137] Si veda: DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, pp. 56-57.

[138] Si veda: DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, *op. cit.* p. 57.

6. Una ulteriore riflessione: le prospettive auspicabili

L'evidenziato apprezzamento per la proposta introdotta dall'articolo 2 del disegno di legge Scalfarotto, rubricato "Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza" rende inevitabile formulare un'ultima riflessione.

Lo sforzo nella lotta all'omofobia che gradualmente si è diffuso in tutta l'Unione europea, e che ha determinato anche nell'ordinamento italiano un contrastato dibattito, presenta i medesimi rischi in termini di violazione di principi fondamentali ed effetti criminogeni esplicitati nei capitoli precedenti per ogni ordinamento giuridico.

Come già accennato, ogni decisione di politica criminale dovrebbe essere supportata dalla conoscenza quanto più realistica del quadro sociale su cui si interviene, dell'esatta entità dei fenomeni criminali che si intendono contrastare e di tutte le possibili conseguenze dell'intervento legislativo che si intende porre in essere.

L'obiettivo che ogni legge dovrebbe perseguire è quello contenere il tasso di criminalità ed in particolar modo il tasso di recidiva attraverso il razionale utilizzo delle risorse statali disponibili (come le leggi).

Uno dei criteri fondamentali che dovrebbero guidare il legislatore nelle scelte di politica criminale è quello dell'efficienza, ovvero la capacità di raggiungere l'obiettivo prefissato al minor costo possibile.

Un dispiego di forze molto sostanzioso per combattere un fenomeno sociale non realmente allarmante non rappresenta una decisione efficiente.

Una strategia di politica criminale volta a combattere condotte dannose per la società, comportando però danni e costi sociali anche maggiori di quelli che intendeva evitare, allo stesso modo, non può essere considerata una strategia efficiente.

Per evitare l'ampiamente criticato abuso dello strumento penale, bisognerebbe dunque affidarsi a mezzi che permettano di avere la reale percezione delle conseguenze di ogni decisione legislativa al fine di allocare nel miglior modo tutte le risorse disponibili, soprattutto quelle extrapenali.

L'indagine statistica, disciplina che ha come fine lo studio quantitativo e qualitativo di un particolare fenomeno in condizioni di incertezza ovvero di non completa conoscenza di esso (o parte di esso), può assurgere a strumento di analisi utilissimo e connotato da un buon livello di oggettività, impermeabile alle influenze politiche e alle emotività sociali da cui scaturiscono decisioni legislative fallimentari.

A questo proposito, l'analisi economica del diritto, una materia multidisciplinare ancora in evoluzione e certamente non molto diffusa in Europa, avrebbe molto da insegnare proprio riguardo alla necessità di analizzare dati statistici e implementare le conoscenze dell'organo legiferante attraverso l'apporto di scienze extragiuridiche quali l'economia, la sociologia, la psicologia, la criminologia e la statistica, che permettono di creare dei modelli di predittività delle condotte umane al variare delle condizioni sociali, culturali, giuridiche, economiche ecc., per ovviare ai tradizionali fallimenti del diritto penale

Purtroppo, si deve rilevare, anche a supporto dell'opinione critica espressa in merito all'intervento penale per combattere l'omofobia, come in Europa i dati statistici riguardanti il fenomeno omofobico siano estremamente scarsi e poco omogenei,

nonostante risulti evidente come essi potrebbero fare luce sul fenomeno della discriminazione in base all'orientamento sessuale permettendo un'analisi approfondita e precisa e l'adozione di strategie di lotta al fenomeno che risultino concretamente efficienti[139].

Uno scenario totalmente diverso in termini di accesso ai dati statistici viene offerto dagli Stati Uniti d'America. Gli *Uniform Crimes Reports* (UCR) del *Federal Bureau of Investigation* comprendono dati di oltre 17.000 agenzie di sicurezza in tutto il paese.

Queste, infatti, forniscono dati dettagliati riguardanti i numeri e le tipologie di crimini avvenuti nonché i numeri e le tipologie di vittime e di soggetti agenti. I dati sono archiviati in rapporti annuali e permettono per esempio di analizzare con particolare facilità e chiarezza gli effetti dell'applicazione di una legge, studiando i dati statistici dei periodi precedenti e di quelli susseguenti la sua entrata in vigore.

Risulta evidente, dunque, che anche in Europa sarebbe necessario garantire una simile offerta di dati statistici attingendo per la loro interpretazione all'apporto di un metodo interdisciplinare e quanto più oggettivo possibile al fine di guidare le scelte di politica criminale.

[139] Questo potrebbe essere dovuto, in parte, al fatto che il tema dell'orientamento sessuale è stato affrontato solo in tempi recenti mentre per molto tempo è stato ignorato dal dibattito pubblico e certamente dalle politiche pubbliche fino all'inizio di questo decennio; in parte, ciò è riconducibile ad equivoci sulle prescrizioni della normativa sulla protezione dei dati, in particolare per quanto sancito dalla direttiva sulla protezione dei dati 95/46/CE e le leggi nazionali di attuazione della presente direttiva.