

OMOFOBIA E LEGISLAZIONE ANTIDISCRIMINATORIA. NOTE A MARGINE DEL D.D.L. ZAN

di Laura D'Amico

(Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina)

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Omofobia e legge penale: dalla repressione alla tutela. - 3. *Hate speech* omofobico: possibili risposte per possibili obiezioni. - 4. Le insidie dell'incriminazione della parola pericolosa - 5. Attualità del problema nel diritto vivente della Corte Edu: il caso *Lilliendahl c. Islanda*. - 6. Attualità del problema nel diritto vigente: obiezioni all'incriminazione dell'omofobia - 7. Tentando di far chiarezza: il d.d.l. Zan. - 8. Conclusioni.

1. Il 27 novembre del 2000 l'Unione Europea ha emanato la dir. 2000/78/CE, stabilendo con essa un quadro generale per garantire la parità di trattamento tra le persone sul luogo di lavoro, indipendentemente dalle credenze religiose o convinzioni personali, nonché da disabilità, età o orientamento sessuale.

Nel 2010 è stata adottata la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.

Nel 2011 è stata approvata la Risoluzione sull'“Orientamento sessuale e identità di genere nell'ambito del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite” con cui il Parlamento Europeo «ribadisce la propria preoccupazione per le numerose violazioni dei diritti umani e le diffuse discriminazioni connesse all'orientamento sessuale e all'identità di genere perpetrate sia nell'Unione europea che nei paesi terzi»¹.

Nel 2012 l'Unione europea ha, poi, emanato la dir. 2012/29/UE istituendo “Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato” menzionando a più riprese la necessità di tenere in debita considerazione le caratteristiche personali della vittima, tra cui l'orientamento sessuale².

¹ Risoluzione del Parlamento Europeo del 28.9.2011 sui diritti umani, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite, Punto 1.

² Dir. 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.10.2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la DQ 2001/220/GAI. Il considerando n. 56 stabilisce, in particolare, che «Le valutazioni individuali dovrebbero tenere conto delle caratteristiche personali della vittima, quali età, genere, identità o espressione di genere, appartenenza etnica, razza, religione, *orientamento sessuale*, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o dipendenza da essa e precedente esperienza di reati. Dovrebbero altresì

Nel 2014, ancora, è stata approvata la “Tabella di marcia contro l’omofobia e la discriminazione legata all’orientamento sessuale e all’identità di genere” con la quale il Parlamento europeo constata l’assenza, nell’Unione europea, di una politica globale per la tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBT, invitando la Commissione europea, gli Stati membri e le agenzie competenti a collaborare al fine di delinearne una³.

Nel febbraio del 2018 l’Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) ha pubblicato la seconda edizione del “Manuale di diritto europeo della non discriminazione” dedicandosi, nel capitolo concernente i motivi di discriminazione oggetto di protezione, anche all’orientamento sessuale.

Queste sono solo alcune delle sollecitazioni provenienti dall’Unione europea in materia di contrasto all’omofobia.

Al momento, però, sembra che in Italia solo la Regione Campania abbia colto tali input, emanando nel 2020 una legge regionale contro la violenza e le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere⁴.

Il tema della discriminazione omofobica appare ormai così tanto radicato nel nostro ordinamento da sembrare questione non prioritaria. La latente urgenza di questa materia rende, invece, di fondamentale importanza affrontarla con spirito critico per evitare che diventi (definitivamente) terreno di scontri culturali e ideologici, prima ancora che giuridici.

I potenziali momenti di frizione che l’omofobia, specie nella sua componente dialettica, può creare con riferimento alla libera manifestazione del pensiero (argomento a più riprese evocato per contestare l’entrata in vigore del d.d.l. Zan) costituiscono il riflesso di un ordinamento democratico in cui il conflitto tra beni giuridici appare costantemente alla ricerca di un (in)stabile equilibrio⁵.

tenere conto del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di *reati basati sull’odio*, generati da danni o commessi con la *discriminazione quale movente*, violenza sessuale, violenza in una relazione stretta, se l’autore del reato godesse di una posizione di autorità, se la residenza della vittima sia in una zona ad elevata criminalità o controllata da gruppi criminali o se il paese d’origine della vittima non sia lo Stato membro in cui è stato commesso il reato», corsivo nostro.

³ Tabella di marcia contro l’omofobia e la discriminazione legata all’orientamento sessuale e all’identità di genere del 4.2.2014, Punto 4.

⁴ Legge regionale 7.8.2020, n. 37, Regione Campania. All’art. 1 la legge stabilisce che la Regione Campania «riconosce che ogni tipo di discriminazione e violenza contro le persone in ragione del loro orientamento sessuale o dell’identità di genere costituisce una violazione dei diritti umani, della dignità personale, della libertà di espressione e della sicurezza individuale, una lesione dell’integrità e della salute fisica e psichica e una limitazione del diritto alla piena cittadinanza e alla realizzazione di ciascun individuo in libertà e sicurezza». Un ulteriore tentativo in materia si è avuto con le dibattute le linee guida diffuse dalla Regione Lazio per le scuole, intitolate *Strategie di intervento e promozione del benessere dei bambini e degli adolescenti con varianza di genere*.

⁵ «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»: così

Appare quindi opportuno chiedersi, in un Paese come il nostro, collocato dall'ILGA Europe (l'International Lesbian & Gay Association) al trentacinquesimo posto, su quarantanove Stati presi in considerazione, per politiche a tutela dei diritti umani e di uguaglianza per le persone LGBT, fino a che punto il diritto penale possa continuare a definirsi "liberale"⁶.

2. Prima di assumere le vesti di una caratteristica personale meritevole di tutela contro comportamenti discriminatori, l'omosessualità è stata a lungo oggetto di criminalizzazione nel mondo Occidentale.

A fronte dell'espressa previsione in diversi Paesi (attualmente membri e non dell'Unione Europea)⁷ di norme repressive delle condotte omosessuali, l'Italia si è sempre posta in tal senso (apparentemente) come una voce fuori dal coro. Siffatti comportamenti hanno cessato di ricoprire rilevanza penale sin dall'entrata in vigore del codice Zanardelli ma ciò non ha ostacolato l'emarginazione di fatto delle persone omosessuali secondo un meccanismo di "tolleranza repressiva"⁸: si cercava cioè di evitare il dibattito su un tema sgradito ai più, barattando l'assenza della sanzione penale con una sostanziale rinuncia all'avanzamento di qualsivoglia pretesa.

Ad oggi l'approccio normativo appare sensibilmente mutato: non ci si muove più nel solco della repressione del comportamento omosessuale ma ci si occupa, piuttosto, della tutela del singolo contro i comportamenti omofobi.

C. cost., 9.5.2013 n. 85, in *DeJure*.

⁶ L'espressione «diritto penale liberale» è stata definita da autorevole dottrina come «tendenzialmente ossimorica» in ragione del fatto che «più o meno latentemente e consapevolmente, questo ramo dell'ordinamento (per l'incidenza umana dei suoi mezzi coattivi) esprime una certa visione «comunitaria», in quanto fa propria una concezione della persona, per quanto mascherata sotto patine di neutralità valoriale e di self-restraint, appunto, liberale» palesando così una certa difficoltà nel sostenere fino in fondo l'idea di neutralità valoriale dello Stato e del suo ordinamento, G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano 2006, 331.

⁷ Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'esperienza tedesca ed all'esperienza inglese. In Germania le condotte omosessuali sono state oggetto di incriminazione, ai sensi del paragrafo 175 StGB, sino al 1969, anno in cui una riforma legislativa limitò la rilevanza penale ai soli atti omosessuali compiuti tra un maggiorenne ed un minore, nonché all'abuso di posizione di superiorità sfruttata per ottenere rapporti sessuali con altro uomo, insieme al mercimonio del proprio corpo (siffatta norma venne abrogata definitivamente solo nel 1994). La Gran Bretagna merita, invece, di essere ricordata in tal sede per essere stata protagonista di un precedente giurisprudenziale di particolare importanza. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronunciò nel 1981 con riguardo al caso *Dudgeon c. Regno Unito* in ordine alla compatibilità delle norme inglesi incriminatrici di condotte omosessuali rispetto al disposto dell'art. 8 della Convenzione in materia di diritto alla vita privata. In tal sede la Corte colse l'occasione per affermare che la sussistenza di un ampio consenso in ordine alla criminalizzazione dei comportamenti omosessuali tra adulti non potesse considerarsi sufficiente al fine di giustificare la persistenza di una simile normativa, evidenziando altresì come la preoccupazione che la decriminalizzazione di siffatte condotte potesse comportare un'erosione degli standard morali esistenti non apparisse idonea a giustificare l'interferenza nella vita privata delle persone: C. eur., 22.10.1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, § 61.

⁸ S. Falcetta, *Omosessualità e diritto penale in Occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del Diritto* 2013, 20.

Ai sensi della Risoluzione del Parlamento Europeo del 24.5.2012 sulla “Lotta all’omofobia in Europa”, per omofobia deve intendersi «la paura e l’avversione irrazionali provate nei confronti dell’omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo; che si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all’odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti, e spesso si cela dietro motivazioni fondate sull’ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all’obiezione di coscienza»⁹.

A tal riguardo, si usa parlare del cosiddetto fenomeno di *gay-bashing*, espressione con la quale ci si riferisce a qualsivoglia aggressione, fisica o verbale, motivata dall’omosessualità (reale o presunta) della vittima¹⁰.

Il riferimento, appena svolto, all’individuazione della vittima in ragione del proprio orientamento sessuale richiama intuitivamente il connotato tipico dei crimini d’odio (e, conseguentemente, della più nota *species* del *genus* degli *hate crimes*, ossia l’*hate speech*): la selezione della vittima non in base a “chi” è ma in base a ciò che rappresenta¹¹. La peculiare caratteristica di siffatto genere di crimini rende la vittima intercambiabile, il che andrebbe (a nostro avviso) a connotare la particolare gravità dell’offesa sotto una duplice prospettiva.

Da un lato, il fatto che la vittima sia scelta sulla scorta di una propria immutabile caratteristica (essere omosessuale, come anche essere donna o disabile) - dunque di una propria “condizione” - le renderebbe sostanzialmente impossibile difendersi, non trattandosi di una sua libera scelta della quale potrebbe, in astratto, essere chiamata ad assumersi la responsabilità.

Dall’altro lato, questo genere di crimini appare idoneo ad innescare un processo di deumanizzazione della vittima¹². Tale fenomeno porta a rinnegare il riconoscimento ad ogni individuo degli attributi che lo rendono unico e ad ingenerare nell’autore della condotta criminosa il convincimento che la vittima viva una condizione inferiore rispetto alla vera e propria umanità, così slatentizzando la violenza nei suoi riguardi.

Particolarmente gravi sono, altresì, gli effetti che questa tipologia di crimini paiono in grado di generare nella vittima. La rielaborazione del trauma da essi derivante, infatti, appare ostacolata da una endemica indifferenza nei riguardi di tali

⁹ Risoluzione del Parlamento Europeo del 24.5.2012 sulla “Lotta all’omofobia in Europa”, Considerando B.

¹⁰ L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16.11.2012, 6.

¹¹ Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odhr, Varsavia 2009, 17.

¹² A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello Hate Speech*, in *Crim*, 2016, 603. La disumanizzazione è stata efficacemente definita in dottrina come «*condicio sine qua non* della inferiorizzazione, (...) chiave di lettura attraverso la quale giudicare il *vitium nefandum*»: così L. Morassuto, *Omofobia e medioevo italiano*, in *Genlus*, 2015/1, 67.

episodi all'interno del contesto socio-culturale di riferimento¹³, nonché da processi di rivittimizzazione - ossia il rischio di subire nuove offese, in particolar modo, a seguito della denuncia - e di vittimizzazione secondaria, - intesa come la conseguenza di rivivere emotivamente la vicenda criminosa nel corso del processo - da parte delle vittime in concreto di tali crimini¹⁴. Alle vittime dei reati omofobici potrebbe, infatti, occorrere più tempo per riprendersi dai pregiudizi psicologici patiti in conseguenza della violenza motivata dal proprio orientamento sessuale¹⁵.

Spesso questa tipologia di fenomeni innesca meccanismi di *silencing*, consistenti nella creazione di un clima di diffidenza idoneo ad escludere le minoranze dal dibattito pubblico¹⁶, nonché nell'interiorizzazione, da parte delle vittime, di un senso di inferiorità proiettato su di loro da parte della società in modo che esse non si percepiscano come membri della comunità e si astengano dal partecipare alle sue dinamiche¹⁷.

Conseguenza quasi inevitabile del silenzio inculcato nella vittima delle condotte omofobiche è da individuarsi nell'esistenza di un consistente "numero oscuro". La presenza di molteplici casi di violenze che restano prive di denuncia per la convinzione della persona offesa di non aver subito un reato¹⁸ dovrebbe costituire campanello d'allarme per l'ordinamento intero: il fatto che vi siano soggetti talmente tanto assuefatti a subire violenze (fisiche e verbali) da non percepire appieno il disvalore di quanto subito porta alla normalizzazione di condotte, invero, penalmente rilevanti, il tutto aggravato dalla marginalità della prassi applicativa nel settore¹⁹.

Alla luce del quadro che si è appena cercato di delineare, nonché delle indagini di vittimizzazione svolte sul campo²⁰, appare spontaneo iniziare a ragionare in merito all'opportunità ed, eventualmente, alle modalità di intervento nel settore.

3. Come accennato nel paragrafo precedente, la materia in esame si muove,

¹³ L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *RIDPP*, 2020, 1525.

¹⁴ F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, in *sistemapenale.it*, 11.1.2021, 2.

¹⁵ M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015, 172. Interessanti le riflessioni dell'A. in tema di "vittimizzazione primaria", "neutralizzazione" della vittima in sede processuale e "vittimizzazione secondaria", 51 ss.

¹⁶ M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in *Genus* 2015, 58.

¹⁷ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano 2020, 155. L'A. fornisce la definizione di *silencing effect* associandola al concetto di "danno indiretto" o sociale che si verifica nel momento in cui l'offesa è indirizzata a un numero indeterminato di soggetti appartenenti a una certa categoria. Tale tipologia di danni viene tenuta distinta dai c.d. "danni diretti" (che possono colpire, nello specifico, le vittime di *hate speech*), ossia danni di tipo psicologico che possono concretizzarsi in paura, sindrome da stress post-traumatico, psicosi o pulsioni suicide.

¹⁸ L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., 7.

¹⁹ M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *DPP* 2020, 1017.

²⁰ G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in *Genus* 2020, 110 ss.

inevitabilmente, nell'ambito degli *hate crimes*²¹, i quali si distinguono dai crimini comuni in ragione del movente discriminatorio che li anima: essi, infatti, mirano a intimidire la vittima e la sua comunità sulla base di una loro caratteristica personale²².

La qualifica stessa di "vittima" assume un peso specifico anche a livello sovranazionale, costituendo il presupposto legittimante per poter adire la Corte europea ai sensi dell'art. 34 Cedu²³ il quale, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, si riferisce tanto alle vittime dirette quanto a quelle indirette del danno patito in conseguenza della violazione della Convenzione²⁴.

Il nostro legislatore si è adeguato al tema dei "*bias crimes*" introducendo un'apposita normativa antidiscriminatoria, oggi contenuta nella Sezione I *bis* del codice penale, rubricata "Dei delitti contro l'eguaglianza"²⁵. Pur non potendoci

²¹ Sul tema L. Goisis, *Hate Crimes: perché punire l'odio. Una prospettiva internazionale, comparatistica e politico-criminale*, in *RIDPP* 2018, 2010 ss.

²² Osce, *Hate Crime Laws*, *op. cit.*, 17. «Tali crimini inviano alle vittime il messaggio che esse non sono le benvenute; hanno l'effetto di negare alla vittima il diritto alla piena partecipazione alla società. Tali crimini inviano anche un messaggio ai membri della comunità che con la vittima condividono una certa caratteristica che anche loro non appartengono alla comunità e che potrebbero ugualmente essere un bersaglio. I crimini d'odio, quindi, possono danneggiare il tessuto della società e frammentare le comunità».

²³ Art. 34 Cedu, "Ricorsi individuali": «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

²⁴ Un *obiter dictum* in ordine all'esistenza di una distinzione tra vittima diretta e indiretta, proprio con riguardo alla materia della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, è rinvenibile in C. eur. GC, 7.11.2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, § 47. Per un commento a detta sentenza C. Brignone, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13.11.2013.

²⁵ Invero la collocazione della succitata sezione del codice penale costituisce l'approdo di un'affastellata evoluzione normativa così sintetizzabile. Con l'entrata in vigore della l. Reale (l. 13.10.1975 n. 654) venne data esecuzione alla Convenzione ONU «Sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale» firmata a New York nel 1966. L'art. 3 della suddetta legge incriminava chiunque diffondesse, in qualsiasi modo, idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o incitasse in qualsiasi maniera alla discriminazione o alla commissione di atti di violenza o provocazione alla violenza nei confronti di certe persone in quanto appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. L'articolo incriminava, altresì, ogni organizzazione avente tra i propri scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale. Siffatto quadro normativo si evolvette con l'introduzione della l. Mancino (d.l. 26.4.1993 n. 122 convertito con modificazioni dalla l. 25.6.1993 n. 205) recante «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa». La norma *de qua* aggiungeva, al succitato art. 3 l. 654/1975, il fattore etnico tra i motivi idonei a connotare la propaganda discriminatoria ed il fattore religioso tra i motivi di incitamento alla commissione di atti discriminatori. La normativa introduceva, inoltre, all'art. 3 una circostanza aggravante per i reati commessi con finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso. Successivamente l'art. 13 della l. 24.2.2006 n. 85 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione» sostituì, all'art. 3 della l. Reale, il termine "diffusione" con quello di "propaganda" ed il termine "incitamento" con quello di "istigazione". Con l'entrata in vigore della l. 16.6.2016 n. 115 venne poi data attuazione alla DQ 2008/913/GAI recante misure concernenti la «Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale». La legge in parola modificò a sua volta l'art. 3 l. 654/1975 introducendo un nuovo comma 3 *bis*, il quale prevedeva «la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Da ultimo, con la legge europea 20.11.2017 n. 167 il comma 3 *bis* venne modificato ed accanto alla parola negazione, vennero introdotte

dilungare sull'argomento, appare in tal sede opportuno tracciare le linee definitorie della succitata Sezione, con qualche breve nota critica²⁶.

L'art. 604 *bis* co. 1 lett. *a* Cp sanziona, con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro, chiunque propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La condotta propagandistica, più delle altre, rischia di porsi in contrasto con il divieto di incriminazione delle libertà fondamentali, in quanto alluderebbe pur sempre a forme di manifestazione del pensiero la cui criminalizzazione si porrebbe comunque in contrasto con il disposto dell'art. 21 Cost.²⁷.

L'incriminazione della mera propaganda pone altresì un problema di compatibilità con il principio di offensività in quanto tra la condotta (ossia l'esternazione dell'espressione propagandistica) e la potenziale lesione del bene giuridico tutelato si porrebbe una distanza siderale, di difficile accertamento probatorio²⁸.

Non meno problemi pongono le condotte di istigazione alla commissione di atti discriminatori o la commissione medesima di siffatti atti.

Preliminarmente appare di tutta evidenza l'incongruità della previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio con riguardo a condotte dotate di un indubbio differente disvalore: non si ritiene condivisibile, cioè, trattare in modo eguale la propaganda, l'istigazione e la materiale realizzazione di atti discriminatori.

Ulteriori difficoltà si intravedono, poi, nella definizione dei c.d. "atti di discriminazione", specie in considerazione del fatto che questi ultimi non assumono rilevanza penale *tout court*²⁹. La difficoltà di individuare una nozione unitaria di

le parole «sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia», così omologandosi maggiormente alle indicazioni contenute nella DQ 2008/913/GAI. Ad oggi la presenza degli artt. 604 *bis* e *ter* nel nostro codice penale è imputabile all'emanazione del d. lgs. 1.3.2018 n. 21 il quale ha operato la c.d. "riserva di codice" dando alla Sezione dei crimini contro l'uguaglianza la sua attuale conformazione.

²⁶ Le riflessioni che seguiranno si connotano per una intenzionale sintesi, volta a non distogliere eccessivamente l'attenzione dalla materia oggetto di trattazione. Per qualche ulteriore considerazione critica sul contenuto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, v. L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in www.la legislazione penale.eu, 17.6.2020, 11 ss.

²⁷ Sul punto, v. diffusamente *infra*, § 4, 18.

²⁸ In materia di propaganda di idee fondate sull'odio razziale, si veda recentemente Cass. 7.5.2019 n. 32862, in *DeJure*: «Ricorre il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale, allorquando un esponente politico, nel corso di un'intervista resa ad un'emittente radiofonica avente ad oggetto un incontro presso la camera dei deputati tra il presidente della Camera e i rappresentanti di una determinata minoranza etnica, inveisca contro l'intera minoranza, attribuendo alla medesima la dedizione alla commissione di furti e la riottosità al lavoro».

²⁹ Un esempio di "atto discriminatorio" potrebbe provenire proprio dalla giurisprudenza. Si veda a tal riguardo Cass. 11.10.2006 n. 37733, in *DeJure*: «Integra il reato di cui all'art. 3, comma 1 lett. *a*, della l. 13 ottobre 1975 n. 654 (nel testo sostituito dall'art. 1 del D.L. n. 122/1993, conv. con modif., in legge n. 205/1993), la condotta di un esercente il quale rifiuti di servire degli avventori extracomunitari (nella specie, nordafricani) solo perché tali, nulla rilevando che tale condotta sia solo occasionale o che sia motivata dal soggettivo convincimento che detti avventori possano rappresentare un pericolo a cagione della loro appartenenza ad una categoria di soggetti ritenuti per la maggior parte clandestini, nullafacenti e senza fissa dimora».

discriminazione, unita alla frammentarietà del concetto, rischia di porlo in contrasto con il principio di determinatezza e di allargarne eccessivamente le maglie, facendolo rientrare nel più generico concetto di molestia³⁰. Con particolare riferimento alla materia che qui ci occupa, nel passaggio dal piano giuridico al piano fattuale, ossia nell'identificazione del comportamento discriminatorio in tema di omofobia, non sembrano sorgere problemi differenti rispetto all'individuazione del comportamento discriminatorio determinato, ad esempio, dal movente razziale: la difficoltà risiede sempre nel comprendere in cosa debba concretizzarsi il confine tra lecito e illecito di fronte a condotte sostanzialmente omogenee sul piano del disvalore³¹.

Problema non secondario afferisce, inoltre, all'incriminazione dell'istigazione potenzialmente sterile. Bisogna chiedersi fino a che punto un'incriminazione di tal fatta, la quale rappresenta un'eccezione al disposto dell'art. 115 Cp (il quale esclude la punibilità dell'istigazione a delinquere non accolta oppure accolta ma non seguita dalla realizzazione dell'illecito), possa dirsi compatibile con i principi generali del diritto penale³².

La lettera *b* del medesimo comma sanziona invece, con la reclusione da sei mesi a quattro anni, chiunque, in qualsiasi modo, istighi a commettere o commetta atti di violenza o provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Questa norma, a parte l'incongruenza (analoga al disposto della lettera *a*) di trattare allo stesso modo dal punto di vista sanzionatorio l'istigazione alla violenza e la realizzazione della violenza medesima, risulta nel complesso (appena) meno problematica in quanto presupporrebbe comunque l'istigazione o la commissione di un fatto penalmente rilevante.

Il secondo comma dell'art. 604 *bis* Cp vieta poi ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La norma in esame palesa sin da subito un contrasto con il principio di tassatività o sufficiente determinatezza, in ragione dell'accostamento di categorie profondamente diverse, come le associazioni da un lato e i generici "gruppi" dall'altro.

Il terzo comma disciplina, da ultimo, l'aggravante negazionista, prevedendo la

³⁰ G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire dal d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, in www.giustiziainsieme.it, 10.11.2020, 20 s.

³¹ Potrebbe apparire utile prendere a modello l'esperienza francese in tal senso la quale, nel corpo dell'art. 225-1 del codice penale fornisce una definizione del concetto di "discriminazione" utile ad orientare l'interprete. Sul punto, nel prosieguo, § 6, 29.

³² Con riferimento ai delitti contro l'eguaglianza «non rileva in tal caso che lo stimolo non venga accolto dai destinatari, in quanto, in deroga all'art. 115 c.p., la legge attribuisce rilevanza penale proprio all'istigazione non accolta, anticipando la soglia della tutela penale per evitare che un fatto di discriminazione avvenga»: L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli 2019, 284.

reclusione da due a sei anni nel caso in cui la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento siano commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, e si fondino, in tutto o in parte, sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale³³.

L'art. 604 *ter* Cp prevede poi una specifica circostanza aggravante (non bilanciabile, salvo che con la circostanza attenuante di cui all'art. 98 Cp), con aumento di pena sino alla metà, per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare organizzazioni costituite al fine di realizzare i medesimi scopi.

Non sfugge come il legislatore adoperi una differente terminologia riferendosi all'elemento discriminatorio: l'art. 604 *bis* Cp, infatti, fa riferimento ai "motivi"; *a contrario* l'art. 604 *ter* Cp menziona le "finalità". I due termini, sebbene utilizzati come sinonimi, sono invero dotati di un differente significato: «se lo scopo (o la finalità) rappresenta l'aspetto conoscitivo del fatto psichico, presuppone una volontà già decisa a conseguire il risultato oggetto della rappresentazione, ed è necessariamente consapevole, il movente rappresenta l'aspetto affettivo del fatto psichico, dunque precede la deliberazione criminosa, e può essere sia consapevole, sia inconscio»³⁴.

Il movente/motivo sembra pertanto collocarsi in uno stato antecedente rispetto alla finalità, potendo o meno tramutarsi in essa. La circostanza di cui all'art. 604 *ter* Cp, dunque, facendo riferimento alla "finalità", non aggrava il trattamento sanzionatorio in ragione del motivo che ha spinto il soggetto ad agire, quanto piuttosto in virtù dello scopo che ha animato l'illecito, ossia diffondere un clima di ostilità nei riguardi della vittima in ragione di una propria caratteristica personale³⁵.

³³ Più in generale sul tema del negazionismo, *inter alia*, E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8.2.2018; E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *DPP* 2017, 155 ss.; della stessa A. v. anche *Il negazionismo come reato*, Milano 2012; G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23.2.2016; dello stesso A. v. anche *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.7.2016; D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *RIDPP* 2016, 978 ss.; S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17.10.2016; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *DPenCont* 2015, 325 ss.; M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli 2014, 263 ss.; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29.10.2013.

³⁴ G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30.9.2013, 43.

³⁵ A. Spina, *La parola(-)odio*, cit., 595.

Tornando al punto dal quale la nostra analisi ha preso le mosse, il problema che in questa sede ci preme evidenziare è costituito dall'assenza del movente omofobico (che qui ci occupa) nel corpo delle norme appena esaminate.

L'omofobia può venire in rilievo in quanto *hate crime* e, dunque, in veste di comportamento tendenzialmente violento. Fin qui *nulla quaestio*, in quanto verosimilmente si tratterà già di per sé di un comportamento penalmente illecito e, conseguentemente, sanzionato dalla legge.

L'omofobia, però, può anche manifestarsi sotto forma di discorso d'odio.

L'*hate speech* (tanto quello omofobico quanto, invero, quello genericamente inteso), potrebbe porre un duplice problema.

In primis, viene in rilievo il complesso rapporto con la libera manifestazione del pensiero³⁶. Anche l'espressione scomoda (perfino quella omofoba, magari) potrebbe in astratto rientrare sotto l'ombrello protettivo dell'art. 21 della nostra Costituzione³⁷. L'esercizio della libertà d'espressione può essere considerato come un'estrinsecazione della dignità umana di ciascun individuo, dovendo essere salvaguardata in quanto «la degenerazione di un ordinamento democratico in un regime ideologicamente chiuso» costituisce un processo graduale, riconoscibile solo nel momento in cui siffatta patologia si è ormai realizzata³⁸.

Un'eccessiva compressione di siffatta libertà potrebbe, da ultimo, provocare il rischio di verifica del c.d. *chilling effect*³⁹, ossia la riluttanza ad esercitare un proprio diritto per timore di incorrere in una sanzione. Tale fenomeno genera una sorta di “deterrenza preterintenzionale” che si realizza nel momento in cui il legislatore, introducendo una nuova norma incriminatrice, finisce indirettamente per disincentivare i consociati dal libero esercizio delle loro libertà fondamentali⁴⁰.

Sorge a questo punto spontaneo chiedersi entro quali limiti il discorso d'odio possa rientrare nell'ambito di protezione garantito dall'art. 21 Cost.

³⁶ Efficacemente definita dalla Corte Costituzionale come «pietra angolare dell'ordine democratico». C. cost., 17.4.1969 n. 84, in *DeJure*. Per un'approfondita ricostruzione degli orientamenti della dottrina penalistica in materia di libertà di parola v. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008, 91 ss. Sul tema si veda, altresì, A. Spena, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *RIDPP*, 2007, 689 ss.

³⁷ «Le garanzie di libertà valgono allo stesso modo per noi e per i nostri avversari»: D. Pulitanò, *Essere Charlie, o politicamente corretto? Manifestazioni espressive e diritto penale*, in www.sistemapenale.it, 20.1.2021, 17.

³⁸ A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.7.2013, 15. Per la citazione v. 10.

³⁹ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 414.

⁴⁰ Diffusamente sul tema N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 253 ss. Nel prosieguo della trattazione l'A. evidenzia come il fenomeno del *chilling effect* (definito anche con l'espressione *overdeterrence*) sia facilmente riscontrabile nel settore della libera manifestazione del pensiero, in ragione del fatto che le espressioni che maggiormente si avvicinano al confine con l'illecito sono proprio quelle che assicurano lo sviluppo del pluralismo culturale di una società. Al fine di ridurre gli effetti pregiudizievole del c.d. “effetto di congelamento” sarebbe opportuno - pur nella consapevolezza dell'arduità del compito - tracciare una netta linea di demarcazione tra lecito e illecito per far sì che i destinatari della norma riescano ad autodeterminarsi compiutamente, evitando di astenersi dal porre in essere condotte lecite, seppur potenzialmente al limite con l'illecito.

Il discorso d'odio, per definizione, si fonda su stereotipi e pregiudizi, rivolgendosi a minoranze in condizioni di vulnerabilità⁴¹. Esso appare propedeutico alla commissione di crimini d'odio⁴² (caratterizzati da un «principio di azione violenta» assente nel semplice *hate speech*)⁴³ ed, in astratto, contrario ad un uso responsabile della libertà di manifestazione del pensiero⁴⁴.

Anche se l'art. 21 Cost. non pone argini alla libertà di espressione, se non per il riferimento al «buon costume» contenuto all'ultimo comma⁴⁵, non pare in discussione la natura non assoluta di tale diritto⁴⁶.

Basti, a riguardo, il disposto del secondo comma dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il quale pone una serie di limitazioni all'esercizio eccessivamente lato di tale libertà, in particolare ove esse costituiscano misure necessarie in una società democratica a garantire, tra gli altri aspetti espressamente menzionati dalla norma, la protezione della reputazione o dei diritti altrui⁴⁷.

Non è poi insolito che il discorso d'odio venga fatto rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 17 Cedu⁴⁸ (integrando un'ipotesi di «abuso del diritto») in tutte le circostanze in cui la libertà di espressione venga utilizzata per scopi contrari al testo

⁴¹ A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., 604 s.

⁴² A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, op. cit., 4.

⁴³ G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, op. cit., 27. Sul punto v. anche L. 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*, in *RIDPP* 2013, 441, secondo cui «l'hate speech è distruttivo per la società democratica nella sua interezza poiché i messaggi d'odio riceveranno credito con il connesso risultato di discriminazione e forse persino violenza contro i gruppi di minoranza (...). Non è necessario aspettare che l'hate speech diventi un pericolo reale e imminente per la società democratica».

⁴⁴ D. Pulitanò, *Essere Charlie*, cit. 17.

⁴⁵ La Corte Costituzionale ha a tal riguardo avuto modo di chiarire che «la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema.»: cfr. C. cost., 4.5.1970 n. 65, in *DeJure*. Si concentra sulla versatilità del concetto di buon costume nella giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento al rapporto con la libertà di parola, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 7 ss.

⁴⁶ La libertà di manifestazione del pensiero è stata efficacemente definita in dottrina come «diritto «condizionato» dall'esigenza di tutela di diritti altrettanto rilevanti»: L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1527.

⁴⁷ Art. 10 Cedu, «Libertà di espressione»: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

⁴⁸ Art. 17 Cedu, «Divieto dell'abuso di diritto»: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

ed allo spirito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, palesandosi, pertanto, come non meritevole di tutela⁴⁹.

Sul punto non ha mancato di pronunciarsi anche la Corte di Strasburgo, ritenendo la compatibilità della libera manifestazione del pensiero con la repressione dei discorsi d'odio, in particolare omofobici (trattandosi del settore che ci occupa) secondo stringenti parametri: l'interferenza con la libera manifestazione del pensiero può, infatti, dirsi legittima ove consista in un'ingerenza prescritta dalla legge, quando persegua un obiettivo legittimo e quando essa appaia necessaria in una società democratica⁵⁰.

Ove le presenti obiezioni, mosse ad un'estensione incondizionata della libertà di espressione, non dovessero risultare sufficientemente convincenti, potrebbe tornare utile riflettere su un ulteriore passaggio. Una libertà di manifestazione del pensiero illimitata, che arrivi a giustificare financo un discorso che istighi alla violenza omofoba o propagandi la superiorità di un orientamento sessuale su tutti gli altri, comporterebbe come conseguenza inevitabile la limitazione della libertà di autodeterminazione delle vittime di siffatti discorsi, le quali non si sentirebbero pienamente libere di esternare il proprio essere per timore delle possibili conseguenze, costituendo anch'essa una forma di repressione della libertà di espressione.

Questa doppia visuale prospettica, questo bilanciamento tra opposte esigenze (libertà di espressione da un lato e libera autodeterminazione dall'altro), ci conduce direttamente al secondo problema ricollegabile alla materia dell'*hate speech*, ossia l'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela.

In passato è stato richiamato il bene giuridico dell'ordine pubblico⁵¹, storicamente definito da Karl Binding come «ripostiglio di concetti». Secondo l'impostazione tradizionale l'ordine pubblico può essere inteso secondo una duplice concezione: l'ordine pubblico materiale, inteso come pubblica tranquillità, nonché oggetto di tutela; e l'ordine pubblico ideale, con esso riferendosi al complesso di principi sui quali si fonda la convivenza civile, inteso come *ratio* di tutela. Si tratta di un concetto non materialmente caratterizzabile, pertanto autorevole dottrina ritiene che esso mal si presti a divenire un oggetto categoriale di tutela, «per il semplice motivo che, a ben riflettere, qualsiasi reato, non microviolatorio, viola l'ordine

⁴⁹ La "clausola di abuso del diritto" di cui all'art. 17 Cedu ha trovato larga applicazione specialmente nella materia relativa al discorso negazionista. Per una puntuale ricostruzione delle fasi evolutive del rapporto tra l'art. 10 Cedu e l'art. 17 Cedu v. P. Lobba, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2.11.2016, 3 ss.; dello stesso A. si veda anche *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP* 2014, 1815 ss.

⁵⁰ Da ultimo, in tal senso, C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 32.

⁵¹ In ordine all'evoluzione del bene giuridico oggetto di tutela delle norme antidiscriminatorie, a partire del bene dell'ordine pubblico, G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *RIDPP* 2018, 1331 ss.

pubblico»⁵².

Il bene che probabilmente più di altri è venuto in rilievo nell'esame della materia antidiscriminatoria è quello della dignità umana. Tale bene è stato efficacemente definito in dottrina come «bene *omnibus*», in quanto idoneo a legittimare ogni fattispecie penale in cui siano coinvolte questioni afferenti allo status della persona umana⁵³. Maneggiare un bene proteiforme ed in costante divenire come la dignità umana porta con sé il rischio di una sua inammissibile strumentalizzazione opportunistica⁵⁴, nonché di un eccessivo ampliamento dell'ambito applicativo della norma alla quale si riferisce e, conseguentemente, di una latente indeterminatezza di quest'ultima. La dignità «rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile - per dir così - a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»⁵⁵.

D'altronde, dipingere le vittime delle condotte omofobe come soggetti dotati di una endemica vulnerabilità potrebbe porsi in contrasto con il principio stesso di dignità: «a proposito dei rischi di “abuso” concettuale della dignità umana quale fonte di legittimazione delle scelte di criminalizzazione, la creazione di uno statuto penale

⁵² A cura di S. Moccia, *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli 2007, XVIII. Sul tema v. ampiamente G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988.

⁵³ A. Tesauro, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 885 ss. L'A. prosegue nell'esame della materia con uno spiccato approccio critico, definendo la dignità altresì come «argomento *Knock-down*», in quanto in grado di chiudere qualsivoglia discussione - limitandone lo sforzo argomentativo -, così astruendo tale principio dalla logica del bilanciamento di valori.

⁵⁴ Siffatto rischio di strumentalizzazione è stato ravvisato sotto un'altra visione prospettica. Un diritto penale costituzionalmente orientato comporta inevitabilmente una scelta pregiudiziale tra una pluralità di concezioni di democrazia, nonché tra diverse concezioni del rapporto tra morale e diritto: un diverso modo di intendere tali relazioni implica un diverso modo di sentire la necessità di criminalizzazione. Una concezione costituzionalmente orientata del diritto penale chiama in causa la verificabilità empirica (riferendosi, con tale espressione, ai dubbi scientifici ad essa connessi) delle conseguenze, dannose o pericolose, che possono derivare dalle condotte che si sceglie di criminalizzare. Il rischio di strumentalizzazione opportunistica attiene, da questo punto di vista, proprio al dubbio scientifico, potendo quest'ultimo prestarsi ad essere utilizzato come argomento “pro o contro” una data scelta di criminalizzazione in base alla pre-comprensione di una certa opzione valutativa. Approfondimento metodologico proposto da G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 228 s.

⁵⁵ G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *RIDPP* 2007, 558 s. Dello stesso A. si veda anche *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato e E. La Rosa, Torino 2009, 34. In tal sede l'A., proprio facendo riferimento al ricorso alla dignità al fine di giustificare ipotesi incriminatrici rispetto alle quali non si riesca ad individuare un bene giuridico più specifico, definisce quest'ultima come «bene piglia tutto». L'A., nel prosieguo della trattazione, facendo riferimento al diritto al rispetto delle proprie convinzioni (inteso come estrinsecazione del diritto a essere rispettati come persone) lo considera idoneo ad essere ricondotto al paradigma della dignità umana chiedendosi, però, se così facendo non si continui ad «assecondare un uso eccessivamente inflazionistico dell'offesa della dignità umana quale criterio ancora una volta assai generico di criminalizzazione». L'A., nelle pagine successive, definisce la dignità come «base fondativa dei diritti fondamentali», la cui portata ed i cui limiti si ripresentano affrontando il tema del rapporto tra legge penale e laicità: v. in particolare 36 ss.

differenziato in favore di alcune categorie di persone (in ragione dell'orientamento sessuale) rischia di rivelarsi discriminatoria, in quanto la dignità umana giustifica tutele di particolari condizioni solo allorquando si versi in una situazione di incapacità di esercitare l'autonomia»⁵⁶.

Di contrario avviso appare, tuttavia, l'autorevole dottrina secondo cui «una normativa penale che assicuri a omosessuali e transessuali - in ragione della loro accentuata vulnerabilità nell'attuale contesto socio-culturale - una tutela più intensa di quella offerta alla generalità dei cittadini è perfettamente compatibile con il principio costituzionale di eguaglianza-ragionevolezza»⁵⁷.

Gli indubbi profili problematici del concetto di dignità hanno destato l'interesse della dottrina intervenuta a più riprese sul tema nel tentativo di scioglierne i nodi interpretativi, elaborandone una nuova visione prospettica.

Particolare interesse suscita la proposta di un rimodellamento della fisionomia della dignità, da intendersi non più come valore assoluto, ma come valore relazionale: «una ridefinizione dell'orizzonte di tutela nei termini dell'eguale e reciproco rispetto può rappresentare a nostro avviso un'opzione epistemicamente più cauta di un'asserita "tutela della dignità": a risultare decisiva non è una ricerca di fondamenti ontologici del superconcetto "dignità", ma l'elaborazione di criteri di bilanciamento fra opposte posizioni secondo una prospettiva di uguaglianza»⁵⁸.

Tale intuizione ci porta a riflettere su quale sia effettivamente il bene giuridico più adeguato a rispecchiare la materia dei crimini d'odio. Forse non è tanto la dignità a dover attirare la nostra attenzione quanto, piuttosto, un bene giuridico ad essa strettamente connesso come l'uguaglianza.

In realtà è lo stesso (bistrattato) legislatore a fornirci un indizio in tal senso, intitolando la Sezione I *bis* che qui ci occupa "Dei delitti contro l'uguaglianza", potendosi intendere quest'ultima come eguale trattamento delle differenze (intese, a loro volta, come motivi identitari).

Ulteriore suggerimento in tal senso può essere individuato nel dettato costituzionale: l'art. 3 della nostra Costituzione, infatti, non menziona un generico ed astratto concetto di dignità, facendo piuttosto riferimento alla "pari dignità sociale" che caratterizza ogni cittadino.

⁵⁶ G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, op. cit., 56.

⁵⁷ E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *RIDPP* 2014, 18. L'A. aveva avuto modo in precedenza di ribadire il medesimo concetto anche in *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *RIDPP*, 2011, 28. Più in generale su questo tema, dello stesso A., si vedano *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, in www.statoechiase.it, 14.5.2012, nonché *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *DPP* 2011, 1393 ss.

⁵⁸ F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino 2018, 159. Dello stesso A. si veda *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni Costituzionali* 2013, 823 ss.

«È indubbio che la *pari* dignità possieda, infatti, una maggiore portata selettiva rispetto al generico riferimento alla dignità dell'uomo, poiché consente di affermare chiaramente cosa *non decet homines*: il trattamento diseguale di un essere umano, per ragioni legate a una serie di sue caratteristiche immodificabili (razza, etnia, religione, sesso, orientamento e identità sessuale, etc.)»⁵⁹.

In questa rinnovata prospettiva, che vede i riflettori puntati non più tanto sulla dignità quanto sul maggiormente definibile concetto di uguaglianza, assume nuova attualità l'idea di una dignità che si ponga alla base della ricerca di un equilibrio tra diversi valori in gioco, «essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima»⁶⁰.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, ove si ritenessero (almeno parzialmente) superate le problematiche connesse all'asserita limitazione della libertà del pensiero ed all'individuazione del bene giuridico tutelato dalla normativa antidiscriminatoria, potremmo ritenere giustificato, nonché legittimo, l'intervento penale in materia per due ordini di ragioni: da un lato, l'esistenza di una vittima (rappresentata in questo frangente dal soggetto discriminato in ragione del proprio orientamento sessuale) e, dall'altro, l'esistenza di un bene giuridico meritevole di tutela (ossia l'uguaglianza).

4. Incriminare la parola infida porta con sé una serie di rischi immediatamente evidenti, invero già accennati nelle pagine precedenti.

Una norma che, al fine di attuare il bilanciamento tra pari dignità sociale e libera manifestazione del pensiero, limiti quest'ultima, rischia di porsi in contrasto non soltanto con l'art. 21 Cost., baluardo della libertà di espressione, ma anche con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., segnatamente con riguardo al corollario della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie⁶¹. Incriminare l'uso delle parole costituisce compito non soltanto arduo ma anche particolarmente delicato, in quanto ci si muove non semplicemente in un ambito che, in astratto, si pone al di fuori del penalmente rilevante, bensì in un settore costituzionalmente tutelato. Proprio in ragione di tale difficoltà appare più che mai necessario che la norma incriminatrice di un uso improprio della parola sia quanto più chiara possibile (obiettivo ambizioso, certo, ma non irraggiungibile).

⁵⁹ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, op. cit., 146.

⁶⁰ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 14.3.2008.

⁶¹ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, op. cit., 398. Nel prosieguo l'A. ha modo di chiarire come «il legislatore che voglia incriminare una determinata tipologia di “parola pericolosa” debba inserirsi in un circuito dialogico di giustificazione razionale e ragionevole delle scelte di incriminazione: razionale rispetto ai saperi esterni al diritto penale che fondano il giudizio sulla pericolosità; ragionevole rispetto alla compressione del diritto alla manifestazione del pensiero (e, eventualmente, di un pensiero “di valore”, perché a sua volta assistito da ulteriori garanzie costituzionali)»: cfr. 404.

Potenziale, in tal sede, appare altresì il contrasto con il principio di offensività. Quest'ultimo richiede, ai fini della configurabilità del reato, che si sia verificata un'offesa a un bene giuridico inteso come «*situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo*. Il legislatore non può quindi punire nessuno “per quello che” è o “per quello che vuole”, ma può punire soltanto fatti che *ledano o pongano in pericolo* l'integrità di un bene giuridico»⁶². L'anticipazione della soglia di tutela tipica delle condotte in esame (basti pensare alla propaganda, all'istigazione ma anche al mero associarsi al fine di commettere i reati di cui all'art. 604 *bis* Cp) rischia, da un lato, di andare concretamente a sanzionare comportamenti che non si siano ancora neanche avvicinati alla lesione (o messa in pericolo) del bene giuridico tutelato e, dall'altro, *a contrario*, di non ritenere mai integrato il reato di cui all'art. 604 *bis* Cp, stante le difficoltà probatorie a quest'ultimo inevitabilmente collegate.

Le problematiche connesse al rispetto dei principi di tassatività e offensività si riverberano sulla scelta della più adeguata tecnica di incriminazione⁶³.

Fatta chiaramente eccezione per l'uso della violenza *diretta* di cui alla lett. *b* dell'art. 604 *bis* Cp, per le restanti condotte della norma in parola (la propaganda, l'istigazione, come anche la partecipazione ad un'organizzazione costituita per motivi discriminatori) possiamo affermare di trovarci nell'ambito dei reati di pericolo⁶⁴.

La configurabilità di questa fattispecie penale in termini di pericolo concreto potrebbe scongiurare il rischio di contrasto con il principio di offensività, introducendo, un “criterio giudiziario interpretativo”. Tale valutazione, rimessa al prudente vaglio del giudice del caso, consentirebbe a quest'ultimo di non applicare una sanzione penale all'autore, ad esempio, di una condotta propagandistica concretamente inidonea per i mezzi, le modalità e i destinatari a sortire alcun tipo di effetto. L'inflizione di un trattamento sanzionatorio in una casistica di tal fatta si

⁶² G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano 2020, 10 (corsivo degli Autori).

⁶³ Proprio con riferimento alla materia dell'offensività e della descrizione della condotta tipica con riguardo a beni giuridici del tipo di quelli in esame si è recentemente espressa nei seguenti termini autorevole dottrina: «concretezza ed afferrabilità empirica dei beni tutelabili sono requisiti strutturali che giovano, in ogni caso, ad una coerente implementazione del principio di offensività: in presenza di beni generici o ad ampio spettro, specie se a carattere immateriale, cresce infatti per un verso la difficoltà legislativa di descrivere con precisione la condotta tipica e, per altro verso, diventa problematico sul piano giudiziario accertarne l'effettivo impatto lesivo (anche in termini di concreta messa in pericolo). Si tratta di correlazioni strutturali tra oggetti e tecniche di tutela, che un legislatore avveduto non dovrebbe mai trascurare, tanto più se sta a cuore la preoccupazione garantistica di circoscrivere il potere discrezionale del giudice nella qualificazione e ricostruzione dei fatti punibili»: G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in *www.disCrimen.it*, 10.6.2019, 7.

⁶⁴ Riflette sulla formulazione dell'art. 414 Cp in materia di istigazione a delinquere e sulla ricostruzione di quest'ultimo in termini di pericolo concreto o astratto (prediligendo tale ultima via) G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, 205 ss. In particolare l'A. evidenzia come la sussistenza dei requisiti della “determinatezza” del fatto di reato istigato e della “pubblicità” della condotta istigatoria (intesa come la compresenza di una pluralità di persone in un luogo aperto al pubblico) possa rivelarsi complessivamente priva di concreta pericolosità, 208 s.

porrebbe in contrasto con la funzione rieducativa della pena costituzionalmente sancita dall'art. 27 co. 3 Cost.

Tuttavia occorre guardare anche al risvolto della medaglia. La valutazione in merito all'offensività in astratto, intesa come "criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili"⁶⁵ costituisce momento di attenzione per il legislatore nella costruzione delle fattispecie di reato, indispensabile per far sì che queste ultime incorporino l'offesa ad un bene giuridico. La delicatezza della materia *de qua* comporta la possibilità che il giudice del caso concreto non sempre possieda gli strumenti adeguati per vagliare la concreta pericolosità della parola tramutando così la "prognosi di idoneità" tipica del pericolo concreto in un «argine inconsistente» o, peggio, in un «vettore di incertezza circa i confini applicativi del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero», dovendo pertanto preferirsi, secondo parte della dottrina, la configurazione delle fattispecie in esame in termini di reati di pericolo astratto al fine di garantire il tracciamento di una netta linea di confine tra l'esercizio di un diritto fondamentale e l'uso, invece, illecito della parola pericolosa⁶⁶.

Alla luce di queste sintetiche battute sembra possibile trarre, non tanto una (forse impossibile) risposta, quanto piuttosto una conclusione metodologica.

Probabilmente la via più corretta da seguire nell'approccio ad una materia talmente delicata come quella in esame è quella di non andare a ricercare un punto di arrivo assoluto e incontestabile. Vero è che l'esigenza di certezza nel nostro ordinamento costituisce un baluardo imprescindibile di garanzia nei confronti della libera autodeterminazione dei consociati, ma un'analisi critica di questi argomenti non sembra poter giungere - nel caso di specie - a un netto schieramento in un senso o nell'altro.

L'offensività astratta e l'offensività concreta sono due momenti imprescindibili ed inseparabili della vita della norma, dalla sua creazione ad opera del legislatore (che non potrebbe dar vita ad una norma astrattamente inidonea a porsi a tutela di un dato bene giuridico) e alla sua applicazione da parte del giudice (chiamato a valutare l'opportunità ed, eventualmente, i termini di applicazione della norma), non essendo possibile scindere l'una dall'altra.

Altro aspetto che si intende evidenziare in tal sede è l'attenzione che lo studio della materia in esame ci impone di prestare nei confronti del movente, tema nei confronti del quale si è sempre manifestato un certo pregiudizio, come se si trattasse di un fattore estraneo al reato, da valutare marginalmente, in quanto potenzialmente idoneo ad inquinare una lettura oggettivistica del reato medesimo.

⁶⁵ Sulla distinzione tra la concezione di offensività come "criterio giudiziario interpretativo" e "criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili" v., per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 167.

⁶⁶ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, op. cit., 415 s.

Il problema in tal sede si pone con particolare riguardo alle condotte propagandistiche, istigatorie e discriminatorie contenute nell'art. 604 *bis* Cp co. 1 lett. *a*, in quanto - a differenza delle condotte violente di cui alla lettera *b* del medesimo articolo - ci si riferisce a comportamenti astrattamente leciti che acquisiscono rilevanza penale in ragione del motivo che li anima. In dottrina è stato efficacemente chiarito come «la circostanza che il fatto realizzato assuma rilievo penale solo in presenza delle motivazioni, delle intenzioni ovvero degli scopi tipicizzati *ad hoc* comporta il non trascurabile rischio che il baricentro dell'illecito si sposti non solo dal disvalore dell'evento al disvalore della condotta, ma addirittura al disvalore della mera intenzione (*Intentionsunwert*) dell'autore»⁶⁷.

Invero, pur sostenendo la dimensione oggettiva del fatto criminoso nella sua dimensione offensiva, non si può nascondere che il movente assuma una portata decisiva nella criminogenesi. Non guardare al motivo, in particolare in questo settore, significa non guardare a ciò che ha portato al crimine, così rischiando di depotenziare la risposta sanzionatoria. In considerazione di ciò non andrebbe svalutato lo studio del movente, che qui non rimane confinato nella sfera interiore dell'agente, essendo la vittima stata scelta proprio in ragione del motivo che, in tali casi, qualifica l'offesa.

Ulteriore aspetto problematico che merita di essere evidenziato in tal sede afferisce alla pubblicità della condotta discriminatoria (in particolare, anche omofobica).

L'art. 604 *bis* Cp annovera tra le condotte punibili la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché l'istigazione alla commissione di atti discriminatori⁶⁸ o violenti.

Prendendo in esame la condotta propagandistica, non sembra in dubbio che quest'ultima debba necessariamente avvenire pubblicamente.

Il termine propaganda compariva nel corpo dell'ormai abrogato art. 272 Cp (il quale sanzionava la "Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale") e gli interpreti, tanto in dottrina⁶⁹ quanto in giurisprudenza⁷⁰, non sembrano mai aver

⁶⁷ Sul tema v. P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 160. Nel corso della sua opera l'A. evidenzia come il motivo, inteso come "fatto psichico", possa acquisire rilevanza giuridica per il tramite di una previsione legislativa penale, chiarendo però come il motivo medesimo sia, pur sempre, un dato psicologico appartenente all'autore del fatto criminoso: in tale ottica, una sanzione penale dettata dalle motivazioni del reo potrebbe porsi in contrasto con i principi di materialità ed offensività della fattispecie penale: cfr. in special modo 25 ss.

⁶⁸ In ordine alla difficoltà di definire il concetto di "atto discriminatorio" *supra*, § 3, 7.

⁶⁹ La propaganda può essere intesa come il «diffondere con il mezzo della parola dello scritto, ecc. un pensiero, un'idea, un programma, una ideologia. La propaganda, secondo una opinione diffusa, è diretta ad influenzare l'intelletto e solo in via indiretta e subordinata la volontà»: cfr. E. Gallo, E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, 90. Citazione rinvenibile in M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *DPP*, 2006, 1206.

⁷⁰ Basti a tal proposito ricordare due precedenti giurisprudenziali: secondo Cass. 4.3.2004 n. 19908, in *DeJure* «integra il delitto tentato di propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p. l'invio ad un quotidiano di larga diffusione nazionale di un volantino contenente la rivendicazione dell'omicidio di una personalità di primo piano nella vita istituzionale della Repubblica, trattandosi di atto pienamente idoneo, secondo un giudizio "ex

messo concretamente in dubbio la necessità che questa condotta si concretizzasse nella comunicazione con più persone⁷¹.

Maggiori problemi si ravvisano, invece, per quanto concerne la condotta istigatoria⁷². La norma in esame non sancisce espressamente la necessità che l'istigazione avvenga "pubblicamente". Letteralmente, dunque, sarebbe ben possibile che l'istigazione in parola fosse indirizzata nei confronti di un singolo destinatario, a nulla rilevando il mancato accoglimento dello stimolo da parte di quest'ultimo. Ciò in ragione del fatto che, come si è precedentemente accennato, la norma attribuisce rilevanza penale all'istigazione non accolta, derogando al disposto dell'art. 115 Cp⁷³.

Un'interpretazione di tal fatta potrebbe portare ad una eccessiva dilatazione delle maglie delle condotte punibili ex art. 604 bis Cp, ragion per cui in dottrina è stata avanzata la proposta di abbandonare la condotta propagandistica in favore della sola diretta istigazione «*linguisticamente riconoscibile*». Secondo tale orientamento dottrinale, per poter «*motivare in termini di (non ir)ragionevolezza la presunzione assoluta di pericolosità alla base della punizione del diretto invito alla violenza veicolato dalla "parola pericolosa" - tanto nell'ambito dell'istigazione a commettere reati, quanto in quello del discorso d'odio - tali condotte dovranno, infine, essere pubbliche*»⁷⁴.

ante", a farne conoscere il contenuto a una *pluralità indeterminata di persone*, non potendosi escludere che esso potesse venire pubblicato o che ne venisse comunque data notizia anche solo per sintesi, così realizzandosi l'intento di propaganda» (corsivo nostro); Cass. 11.5.2000 n. 3486, in *DeJure* afferma invece che, al fine di ritenere integrata la fattispecie di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale di cui all'art. 272 Cp, sia «necessario che l'azione sia idonea a suscitare consensi in un *numero indeterminato di persone* relativamente non ad un'idea bensì ad un programma violento di eversione» (corsivo nostro).

⁷¹ La sostituzione dell'espressione "diffusione di idee" (originariamente prevista nella l. Reale) con il termine "propaganda" (ad opera della l. 85/2006 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione»), volta a ridurre al minimo le interferenze con la libertà di espressione, sulla scorta del fatto che il lemma "propaganda" sarebbe stato maggiormente compatibile con la libera manifestazione del pensiero, sembra non aver colto nel segno. Ciò in ragione del fatto che tanto la diffusione di idee quanto la propaganda necessitano che la relativa comunicazione avvenga contestualmente con più persone: M. Pelissero, *Osservazioni critiche*, cit., 1206.

⁷² Si vuole richiamare, per una maggiore accuratezza, quel tanto risalente quanto interessante orientamento dottrinale riferibile a Carlo Esposito, incline a far rientrare l'istigazione non tanto nell'ambito della libera manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., quanto piuttosto nel fenomeno associativo ex art. 18 Cost. il quale limita, espressamente, la possibilità di associarsi ai fini che non siano vietati dalla legge penale. Sul punto v. diffusamente C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, 100, e F. Vari, *Il fine non giustifica i mezzi. In tema di "violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere"*, in *www.statoechiese.it*, 20/2020, 124. Si veda, per completezza, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958.

⁷³ L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libera manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. Riondato, Padova 2006, 140 s. L'A. specifica altresì che «l'importanza fondamentale del bene giuridico in gioco richiede, infatti, che sia «anticipatamente» punita già la sola condotta istigatoria, senza che si produca anche l'effetto cui essa è rivolta: ma è necessario, per la punibilità, che l'istigazione stessa sia «idonea» ad *influire sul pensiero* altrui e, quindi, a determinare una corrispondente decisione d'agire, ponendo in concreto pericolo il bene protetto». Con riferimento alla propaganda razzista v. anche A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *RIDPP*, 2016, 961 ss.

⁷⁴ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, op. cit., 417.

Un'impronta metodologica di tal fatta potrebbe altresì rinvenirsi dalla lettura in combinato disposto degli artt. 604 *bis* Cp e 414 Cp. Tale ultima norma punisce chiunque "pubblicamente" istiga a commettere reati (co. 1) o fa apologia di uno o più delitti (co. 3). In tale ambito il requisito della pubblicità può dirsi integrato sia nel caso in cui vi sia la compresenza fisica dell'autore e dei destinatari del suo messaggio, sia nel caso in cui manchi questa coesistenza ambientale. Basti pensare, a tal riguardo, alla diffusività capillare del mezzo della stampa e di internet i quali, per chiare ragioni, non richiedono la contemporanea presenza di una pluralità di persone nello stesso luogo, anzi il contrario.

Autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare nel tempo come tra la condotta istigatoria e la materiale realizzazione del reato istigato si collochi, pur sempre, l'autoresponsabilità ed autodeterminazione del soggetto istigato: la pericolosità dell'istigazione, difatti, «si esaurisce nella pura e semplice diffusione di un messaggio, senza che siano altrimenti aggrediti o depauperati i meccanismi reattivi e di controllo critico, la cui libera e responsabile attivazione da parte dei destinatari è pur lecito attendersi»⁷⁵. Tale acuta considerazione evidenzia il potenziale cortocircuito della fattispecie istigatoria genericamente intesa, alimentando il convincimento che sanzionare l'istigazione *tout court* costituisca già di per sé una contrazione della libertà di espressione⁷⁶.

Facendo ritorno al requisito della pubblicità, una lettura simbiotica degli artt. 414 Cp e 604 *bis* Cp potrebbe fornirci un'utile chiave di lettura per intendere compiutamente il contenuto di quest'ultima: non sembrerebbe irragionevole ritenere che l'istigazione contenuta nell'art. 604 *bis* Cp debba avvenire pubblicamente.

Allo stato, tuttavia, tale approccio metodologico rischierebbe di porsi in contrasto con il principio di legalità, in particolar modo con il corollario della tassatività, proprio in ragione del fatto che il legislatore non ha espressamente previsto (più o meno consapevolmente) che la condotta di cui all'art. 604 *bis* Cp debba realizzarsi pubblicamente.

L'ultimo monito penalistico che in tal sede si vorrebbe svolgere riguarda l'importanza di rifuggire da un uso strumentale del diritto penale che si avrebbe - per tornare alla materia oggetto della presente trattazione - facendo un'applicazione analogica della normativa in esame ai motivi fondati sulla discriminazione omofobica. Un'interpretazione di tal fatta era stata tentata dal Tribunale di Trieste nel 2011 con riferimento all'aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp. Secondo questa interpretazione, la norma tutelerebbe le vittime da qualsiasi forma di discriminazione, limitando il movente etnico, nazionale, razziale o religioso esclusivamente ai reati commessi con

⁷⁵ G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, op. cit., 198. Cfr. anche L. Riscato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007.

⁷⁶ C. Visconti, *Ancora bigotti?*, cit., 10.

finalità di odio. Tale assunto riposerebbe nella disgiuntiva “o” collocata tra la “finalità di discriminazione” da un lato e “l’odio etnico, nazionale, razziale o religioso” dall’altro⁷⁷. Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto col divieto di analogia *in malam partem* che connota il sistema penale: per poter garantire al movente omofobico lo stesso trattamento oggi riservato alla razza o alla nazionalità si dovrà attendere (pazientemente?) un espresso intervento del legislatore in tal senso, e fino a quel momento non si potrà far altro che servirsi di altri istituti penalistici adattabili alle circostanze del caso, seppur non forieri di un altrettanto elevato livello di tutela.

Ciò che sembra poter costituire (forse, il solo) “approdo sicuro” della presente disamina, concerne la meritevolezza di un intervento penale in materia: «le scelte di politica criminale si giocano in termini di *ragionevolezza* dell’intervento penale. Pur accogliendo una prospettiva liberale in merito alle scelte di politica criminale nella tutela dei beni giuridici e pur essendo favorevole ad un ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, sui temi della discriminazione e del razzismo il diritto penale conserva uno spazio *ragionevole* di controllo (...). In quest’ambito il diritto penale diventa strumento di tutela contro forme di razzismo e di discriminazione che violano il rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati e che rappresenta una specificazione della dignità dell’altro che deve rimanere punto fermo nei rapporti interpersonali. Il rapporto di riconoscimento dell’altro consente di valorizzare il significato della *dignità umana nella sua dimensione sociale*. La dignità qui non rileva nei termini della percezione soggettiva che ognuno ha della propria dignità, né come tutela del gruppo discriminato in quanto tale: intendo piuttosto fare riferimento alla *dimensione intersoggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni individuo*, al quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esplicitare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali la stessa si colloca. *Non è, dunque, una scelta di politica criminale contrastante con il principio di offensività in astratto*»⁷⁸.

5. Come anticipato nelle pagine precedenti, il rapporto tra libera manifestazione del pensiero e discorso d’odio omofobico appare di indubbia attualità, come invero dimostrato dalla giurisprudenza europea in materia. Per comprendere la portata del fenomeno potrebbe apparire utile passare brevemente in rassegna alcune delle più significative pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo per poi concentrarsi maggiormente sul più recente di tali approdi giurisprudenziali.

Nel 2012 la Corte di Strasburgo viene chiamata a pronunciarsi sul caso *Vejdeland*

⁷⁷ Sul punto v. E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri*, cit., 14 s., nonché G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, op. cit., 49 s. Da ultimo, G. Viggiani, *Quando l’odio (non) diventa reato*, op. cit., 117 s.

⁷⁸ M. Pelissero, *Discriminazione*, cit., 1020, corsivo nostro.

e altri c. Svezia⁷⁹. Nella presente vicenda i ricorrenti vengono processati per il reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, ai sensi del Capitolo 16, art. 8 del codice penale svedese⁸⁰, per aver depositato all'interno degli armadietti di una scuola secondaria superiore volantini dal contenuto omofobo. I ricorrenti adivano dunque la Corte europea ritenendo che la condanna della Corte svedese avesse violato il loro diritto alla libertà di espressione sancita dall'art. 10 Cedu. La Corte, non ravvisando alcuna violazione del citato art. 10 Cedu ed, anzi, condividendo la condanna pronunciata dalla Corte svedese, applicava per la prima volta i principi del discorso d'odio offensivo contro il gruppo identificato in ragione della propria identità sessuale⁸¹ incentivando la lotta contro un uso irresponsabile della libertà di espressione equiparando, in termini di gravità, la discriminazione basata sull'orientamento sessuale a quella fondata sulla razza, l'origine e il colore⁸².

Il caso *Identoba e altri c. Georgia*⁸³ prende, invece, le mosse dall'intervento di un gruppo di contromanifestanti volto ad ostacolare una manifestazione LGBT con minacce di aggressione fisica e insulti, senza che le forze dell'ordine - le quali avevano il compito di scortare i manifestanti - intervenissero. La sentenza in esame merita di essere ricordata in quanto sancisce il principio generale secondo cui i trattamenti discriminatori, in quanto tali, possono integrare gli estremi dei trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Cedu⁸⁴, ove essi raggiungano un livello di gravità tale da costituire un affronto alla dignità umana. La Corte entra nello specifico affermando come sia idonea ad integrare gli estremi dell'art. 3 Cedu anche la condotta discriminatoria realizzata da una maggioranza eterosessuale ai danni di una minoranza omosessuale⁸⁵.

Nel caso *M.C. e A.C. c. Romania*⁸⁶ la Corte affronta la vicenda di due giovani che, dopo aver preso parte al Gay Pride di Bucarest del 2006, venivano inseguiti in metropolitana da un gruppo di persone che li avevano visti partecipare alla manifestazione e che continuavano ad apostrofarli con insulti omofobi

⁷⁹ C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*.

⁸⁰ Capitolo 16, art. 8 del codice penale svedese: «Chiunque, in una dichiarazione o in altro tipo di messaggio, minacci o esprima disprezzo per un gruppo etnico o nei confronti di un gruppo di persone con allusioni a razza, colore, origine nazionale o etnica, credo, orientamento sessuale o identità o espressione transgender, è condannato alla reclusione per un massimo di due anni o, se il reato è minore, alla multa».

⁸¹ L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico*, cit., 419.

⁸² C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*, § 55. Sul punto si esprime chiaramente L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., secondo cui «è legittimo, dunque, secondo la Corte europea dei diritti umani, che i legislatori statali si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia. Questa legittimazione a chiare lettere dello strumento penalistico sul terreno dell'omofobia, al pari di quanto già avviene sul terreno del razzismo, costituisce, a nostro avviso, l'aspetto di maggior interesse di tale decisione» (495).

⁸³ C. eur., 12.5.2015, *Identoba e altri c. Georgia*.

⁸⁴ Art. 3 Cedu, "Proibizione della tortura": «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

⁸⁵ C. eur., 12.5.2015, *Identoba e altri c. Georgia*, § 65.

⁸⁶ C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania*.

cagionando loro, altresì, lievi lesioni. Le indagini si concludevano con un'archiviazione per prescrizione dell'illecito. La Corte europea, ritenendo che le autorità nazionali non avessero adottato misure ragionevoli al fine di vagliare il possibile movente omofobo dietro l'aggressione patita dai ricorrenti⁸⁷, affermava la sussistenza di obblighi positivi in capo agli Stati volti a garantire il rispetto effettivo alla vita privata dei cittadini⁸⁸.

Una delle più recenti pronunce sul tema riguarda il caso *Beizaras e Levickas c. Lituania*⁸⁹.

Il procedimento originava dalla pubblicazione di una serie di commenti omofobi indirizzati ad una fotografia condivisa su Facebook, ritraente un bacio tra i due ricorrenti. La Corte di Strasburgo ha condannato la Lituania per la violazione dell'art. 14 Cedu (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 Cedu in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare⁹⁰, nonché per il mancato rispetto del diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 13 Cedu⁹¹ in ragione del rifiuto da parte delle autorità lituane di avviare le indagini per accertare se i commenti indirizzati contro i ricorrenti costituissero ipotesi di incitamento all'odio, condotta sanzionata dall'art. 170 del codice penale lituano⁹². Ad avviso della Corte il rifiuto delle autorità di

⁸⁷ C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania*, § 124. La Corte chiarisce in questo paragrafo che «senza un approccio così rigoroso da parte delle autorità preposte all'applicazione della legge, i crimini motivati dal pregiudizio sarebbero inevitabilmente trattati allo stesso modo rispetto ai casi non connotati da tali sfumature, e la risultante indifferenza equivarrebbe ad accettazione ufficiale, o anche connivenza, con i crimini d'odio».

⁸⁸ C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania*, § 114. Con riferimento a tale pronuncia si esprime in termini chiarificatori L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., affermando che «la sentenza si segnala per un ulteriore e più prorompente profilo di novità poiché enuclea un principio destinato a riverberarsi negli ordinamenti degli Stati membri: essa infatti riconosce in capo agli Stati l'obbligo e il dovere di proteggere gli esponenti della comunità LGBT. I giudici europei traggono, dunque, delle conclusioni in termini di obblighi positivi: si appuntano infatti sulla necessità di introdurre strumenti appositi – anche di natura penale – contro le violenze motivate dall'odio omofobico, così di fatto prevedendo un *implicito obbligo di incriminazione dei crimini d'odio omofobico*»: 497.

⁸⁹ C. eur., 14.1.2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*.

⁹⁰ Art. 8 Cedu, "Diritto al rispetto della vita privata e familiare": «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁹¹ Art. 13 Cedu, "Diritto a un ricorso effettivo": «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

⁹² Art. 170 del codice penale lituano: «1. Una persona che, ai fini della distribuzione, produce, acquista, invia, trasporta, immagazzina o distribuisce articoli ridicolizzando, esprimendo disprezzo, incitando all'odio o alla discriminazione nei confronti di un gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o incitando alla violenza fisica nei confronti di tale gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a un anno. 2. Una persona che ridicolizza pubblicamente, esprime disprezzo, incita all'odio o incita alla discriminazione contro un gruppo di persone o una persona per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare

aprire un'indagine preliminare rifletteva il generale atteggiamento dell'ordinamento lituano nei confronti di presunti casi di *hate speech* omofobico online, ritenendo che le autorità nazionali avessero nel tempo sistematicamente fallito nel fornire un rimedio efficace alle vittime di tali discorsi d'odio⁹³ venendo così meno agli obblighi positivi inerenti la garanzia di un ricorso effettivo a tutti i consociati, senza realizzare discriminazioni violative del disposto dell'art. 14 Cedu⁹⁴.

La più recente delle pronunce in materia - sulla quale è opportuno soffermarsi con maggiore attenzione - riguarda il caso *Lilliendahl c. Islanda*⁹⁵.

La vicenda origina dalla pubblicazione di commenti omofobi⁹⁶, da parte del ricorrente (Carl Jóhann Lilliendahl), in calce ad un articolo pubblicato su un quotidiano online con cui uno dei promotori di un programma di sensibilizzazione scolastica sul tema della diversità di orientamento sessuale - approvato dal consiglio comunale della città di Hafnarfjörður - criticava l'operato di una stazione radio, la quale consentiva ai propri ascoltatori di telefonare per esprimere le proprie opinioni a riguardo ritenendo che, così facendo, venisse consentito loro di chiamare per manifestare «clear prejudice and hate speech»⁹⁷.

Ad avviso dell'accusa, i commenti di Lilliendahl erano da considerarsi come «pubblicamente minacciosi, beffardi, diffamatori e denigratori di un gruppo di persone sulla base del loro orientamento sessuale e identità di genere»⁹⁸, ponendosi pertanto in contrasto col disposto dell'art. 233 (a) del codice penale generale n. 19/1940⁹⁹ il quale

fino a due anni. 3. Una persona che incita pubblicamente alla violenza fisica nei confronti di un gruppo di persone o di una persona per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o finanzia o supporta in altro modo tali attività sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a tre anni. 4. Una persona giuridica è altresì ritenuta responsabile degli atti previsti nel presente articolo».

⁹³ C. eur., 14.1.2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, § 136.

⁹⁴ M. Pace, *Le manifestazioni di odio online in casi di same-sex kiss dinanzi alla Corte europea: obblighi dello Stato ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2020, 622. L'A. chiarisce nel proprio contributo che «Il punto centrale, come evidenziato nella decisione *Beizaras e Levickas*, è stabilire fin dove può, o deve, spingersi il potere di controllo degli Stati membri della Convenzione e che tipo di misure positive occorre che gli Stati pongano in essere per garantire i diritti sanciti dalla CEDU. Le indicazioni che provengono da Strasburgo ci ricordano che il sistema della Convenzione e l'attuazione degli obblighi positivi discendenti dalle disposizioni di cui all'art 8 CEDU a protezione dell'orientamento sessuale, ostano a che le autorità degli Stati membri possano anche solo "chiudere un occhio" o "minimizzare" queste manifestazioni di odio, e men che meno tollerarne l'esistenza negli spazi sociali che si svolgono all'interno della rete»: 625.

⁹⁵ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*.

⁹⁶ «We listeners of [Ú.S.] have no interest in any [expletive] explanation of this kynvilla [derogatory word for homosexuality, literally 'sexual deviation'] from [Ó.S.Ó.]. This is disgusting. To indoctrinate children with how kynvillingar [literally 'sexual deviants'] eðla sig ['copulate', primarily used for animals] in bed. [Ó.S.Ó.] can therefore stay at home, rather than intrude upon [Ú.S.]. How disgusting.» § 5.

⁹⁷ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 4.

⁹⁸ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 7.

⁹⁹ Art. 233 (a) del codice penale generale n. 19/1940: «Chiunque derida, diffami, denigri o minacci pubblicamente una persona o un gruppo di persone mediante commenti o espressioni di altra natura, ad esempio mediante immagini o simboli, per nazionalità, colore, razza, religione, orientamento sessuale o identità di genere, o diffonda tali materiali, è punito con la multa o con la reclusione fino a 2 anni».

incrimina, per l'appunto, la pubblica diffamazione dettata da motivi discriminatori¹⁰⁰.

Il ricorrente, condannato dalla Corte Suprema d'Islanda, ha adito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando che la condanna per il reato contestatogli avesse violato il proprio diritto alla libertà di espressione, come garantito dall'art. 10 Cedu, in combinato disposto con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione medesima¹⁰¹.

Preliminarmente la Corte di Strasburgo si è occupata di verificare se la domanda dovesse essere respinta ai sensi dell'art. 17 Cedu (il quale sancisce il divieto di abuso del diritto), valutando se le dichiarazioni del ricorrente avessero cercato di suscitare odio e violenza nel tentativo di deviare l'art. 10 Cedu dal suo scopo, strumentalizzando il diritto alla libertà di espressione in esso sancito.

La Corte ha sul punto ritenuto che, nonostante l'indubbia offensività dei commenti, non fosse di immediata evidenza che essi mirassero ad incitare all'odio e che le affermazioni del ricorrente non avessero, pertanto, raggiunto una soglia di lesività tale da giustificare l'applicabilità dell'art. 17 Cedu ed il conseguente diniego dell'esercizio del diritto invocato.

A questo punto la Corte europea è passata a valutare se la condanna del ricorrente da parte della Corte nazionale fosse conforme al disposto dell'art. 10 Cedu,

¹⁰⁰ In un primo momento il Tribunale distrettuale di Reykjavík assolse il ricorrente ritenendo che i commenti incriminati non avessero raggiunto la soglia di offensività necessaria per rientrate nell'ambito di applicazione dell'art. 233 (a). La Corte Suprema d'Islanda, adita dalla Pubblica accusa, ribaltò la decisione, condannando il ricorrente. La suddetta Corte evidenziò come la libertà di espressione, potesse subire alcune limitazioni necessarie per la protezione dei diritti di altri individui, segnatamente, nel caso di specie, quelli delle persone omosessuali (gruppo storicamente soggetto a discriminazione) al rispetto della loro vita privata ed al godimento dei diritti umani indipendentemente dal proprio orientamento sessuale, dovendo tali restrizioni considerarsi giustificate solo ove rivolte ad un urgente bisogno sociale, nonché adeguatamente ponderate. La Corte islandese, nel corpo della propria motivazione, aveva ritenuto che, sebbene l'espressione "hate speech" non fosse presente nel disposto dell'art. 233 (a) del codice penale generale, essa emergesse dai lavori preparatori della norma e dagli strumenti giuridici internazionali cui essa era stata ispirata, costituendo il sinonimo del tipo di espressione incriminata dalla norma e rappresentando, da un lato, comune denominatore delle condotte denigratorie che possono, di volta in volta, venire in rilievo e, dall'altro, soglia di necessaria severità per poter far rientrare le affermazioni discriminatorie nell'ambito di applicazione della norma in parola. La Corte, nell'evidenziare come l'art. 233 (a) puntualizzasse in modo chiaro e comprensibile la condotta incriminata, osservò che il commento del ricorrente, avvenuto pubblicamente, fosse intenzionale ed avulso dalla questione oggetto di dibattito, essendosi quest'ultimo limitato a riferirsi in modo offensivo nei confronti dell'omosessualità in quanto tale ritenendo pertanto che, in questo caso, gli interessi alla vita privata dei soggetti omosessuali dovessero prevalere sulla libertà di espressione del ricorrente e che la limitazione di tale ultima libertà fosse necessaria per contrastare il pregiudizio promosso da simili discorsi d'odio. Uno dei tre giudici della Corte Suprema dissenti, ritenendo che il commento del ricorrente non avesse raggiunto la soglia di offensività necessaria per giustificare l'applicazione dell'art. 233 (a) del codice penale generale. Quest'ultimo, pur ammettendo la portata dispregiativa del commento, ritenne che quest'ultimo non costituisse un appello alla violenza e che, pertanto, dovesse rientrare nella tutela della libertà di espressione costituzionalmente garantita. § 8 ss.

¹⁰¹ Art. 14 Cedu, "Divieto di discriminazione": «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Ad avviso del ricorrente non gli sarebbe stato consentito di godere della libertà di manifestazione del proprio pensiero allo stesso modo rispetto a soggetti con diverse opinioni (doglianza dichiarata infondata dalla Corte europea).

non senza ricordare come la libertà di espressione costituisca uno dei fondamenti delle moderne società democratiche e come il compiuto sviluppo di quest'ultima appaia necessario al fine di garantire il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale.

Nel verificare se l'interferenza con la libertà di espressione potesse dirsi «necessaria in una società democratica», la Corte ha poi dovuto esaminare se l'ingerenza fosse stata «proporzionata allo scopo legittimo perseguito» e se i motivi adottati dalla Corte nazionale fossero «pertinenti e sufficienti»¹⁰². La Corte ha altresì ricordato come, nel valutare la legittimità dell'interferenza con la libera manifestazione del pensiero di un soggetto, le Corti nazionali godano di un certo margine di apprezzamento su cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è chiamata ad effettuare una valutazione in via definitiva (secondo il meccanismo di “supervisione europea”), senza però sostituire la propria valutazione di merito a quella effettuata dalle Corti nazionali, a meno che non sussistano validi motivi per farlo (in simbiosi con quanto stabilito dal principio di sussidiarietà).

La Corte europea ha, nel prosieguo, colto l'occasione di tale riferimento per distinguere le forme più gravi di incitamento all'odio da quelle meno gravi, facendo rientrare le dichiarazioni del ricorrente in questa seconda categoria¹⁰³.

La Corte identifica le forme più gravi di *hate speech* in quelle rientranti nell'abuso del diritto di cui all'art. 17 Cedu, escluse di *default* dall'ambito di protezione dell'art. 10 Cedu. Il citato art. 17 Cedu trova applicazione in materia ogniqualvolta si ritenga che il soggetto agente, con le proprie dichiarazioni, abbia tentato di fare affidamento sulla Convenzione per realizzare atti volti alla sospensione dei diritti e delle libertà ivi sancite. Precipitato logico di tale assunto consiste nel fatto che l'art. 17 Cedu (da invocare eccezionalmente ed in casi estremi¹⁰⁴) potrebbe trovare diretta applicazione solo ove fosse immediatamente chiaro che le dichiarazioni, prese in esame nel caso concreto, avessero mirato a dirottare l'art. 10 Cedu dal suo scopo originario, avvalendosi dunque della libera manifestazione del pensiero per scopi contrari ai valori della Convenzione¹⁰⁵.

Per converso la Corte, nel delineare i connotati delle forme meno gravi di *hate speech*, chiarisce che queste ultime non si pongono *a priori* al di fuori dell'ambito di tutela dell'art. 10 Cedu, ben potendo rientrare nel legittimo esercizio della libera manifestazione del pensiero. La Corte specifica, però, come sia in potere degli Stati contraenti limitare siffatta libertà. In questa seconda categoria vengono annoverate tanto le istigazioni alla violenza o alla commissione di atti *stricto sensu* criminali, quanto i discorsi volti ad attaccare, insultare o calunniare specifici gruppi di

¹⁰² C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 29.

¹⁰³ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 34 ss.

¹⁰⁴ C. eur. GC, 15.10.2015, *Perinçek c. Switzerland*, § 114.

¹⁰⁵ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 25.

popolazione che, per il loro contenuto e per le modalità di esternazione, possano apparire idonei a promuovere l'intolleranza e l'odio verso siffatti gruppi: simili condotte sono sufficienti per giustificare l'intervento dell'autorità statale nella restrizione della libertà di espressione al fine di evitare l'avallo di siffatto linguaggio pregiudizievole e, più in generale, del radicamento di un clima ostile nella società¹⁰⁶.

Posto che la condanna di Lilliendahl da parte della Corte islandese ha indubbiamente costituito un'interferenza con la sua libertà di espressione, in capo alla Corte europea restava da appurare la ricorrenza di tre requisiti fondamentali¹⁰⁷.

Preliminarmente i giudici di Strasburgo hanno verificato se la limitazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero integrasse un'ingerenza "prescritta dalla legge". La Corte ha in tal senso ritenuto che l'art. 233 (a) del codice penale generale islandese fosse accessibile all'interessato nonché formulato in modo sufficientemente chiaro da rendere ragionevolmente prevedibile l'applicazione della norma in parola nel caso in esame.

Secondariamente, si è proceduto alla verifica della sussistenza del requisito dell'"obiettivo legittimo". La Corte ha in merito valutato che lo scopo dell'art. 233 (a) fosse quello di salvaguardare i diritti di gruppi sociali discriminati, dovendosi dunque ritenere lecita l'interferenza dettata dalla necessità di proteggere i diritti altrui, sancita dal secondo comma dell'art. 10 Cedu.

Con riguardo all'ultimo requisito, ossia se l'ingerenza nella libertà di espressione potesse dirsi "necessaria in una società democratica", i giudici di Strasburgo hanno osservato come la Corte islandese avesse adeguatamente bilanciato il diritto del ricorrente alla libera manifestazione del pensiero con il diritto delle persone omosessuali al rispetto della loro vita privata. La Corte Suprema islandese ha, a tal riguardo, valutato che i commenti oggetto del giudizio fossero «seri, gravemente offensivi e pregiudizievoli»¹⁰⁸ e che la protezione di alcuni gruppi discriminati dovesse ritenersi compatibile con la tradizione democratica nazionale, *a fortiori* in considerazione della gratuità dei commenti, la cui offensività non poteva dirsi necessaria al fine di impegnarsi attivamente nella discussione pubblica in corso.

La Corte europea ha, in conclusione, ritenuto che i giudici islandesi avessero fornito ragioni pertinenti e sufficienti per giustificare la condanna del ricorrente, condividendone l'essenza della motivazione.

Il precedente giurisprudenziale appena esaminato merita di essere ricordato non soltanto per la chiarezza espositiva con la quale i giudici hanno affrontato il delicato tema dell'*hate speech* omofobico, ma altresì per aver rammentato come «la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave quanto la discriminazione

¹⁰⁶ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 35 ss.; in precedenza v. anche C. eur., 16.7.2009, *Féret c. Belgio*, § 73.

¹⁰⁷ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 41 ss.

¹⁰⁸ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 38.

basata su “razza, origine o colore”»¹⁰⁹.

Alla luce di questa sintetica (quanto significativa) rassegna giurisprudenziale, sembra possibile affermare che il tema della discriminazione omofobica sia in costante evoluzione in seno alla giurisprudenza europea, potendo quest'ultima fungere da monito per quegli Stati membri che, come l'Italia, non si sono ancora dotati di una normativa antidiscriminatoria su base omofobica.

6. Molti Stati membri (e non) dell'Unione Europea hanno adottato nel tempo una legislazione penale volta a sanzionare l'incitamento all'odio e alla violenza per ragioni discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale, servendosi della tecnica di incriminazione della circostanza aggravante, della fattispecie autonoma di reato o, ancora, di entrambe le tipologie normative¹¹⁰.

Di particolare pregio appare in tal sede l'esperienza francese¹¹¹.

L'art. 132-76 del codice penale francese¹¹² prevede una circostanza aggravante per i crimini o i delitti commessi in ragione dell'appartenenza (o non appartenenza), vera o presunta, della vittima ad una determinata razza, etnia, nazionalità o religione. Il successivo art. 132-77¹¹³ prevede un'analogha circostanza aggravante riferendosi,

¹⁰⁹ C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 45. Concetto ribadito anche in C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*, § 55. In precedenza anche in C. eur., 27.12.1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*, § 97.

¹¹⁰ L. Goisis, *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homotransphobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *GenLus* 2020/1, 79 ss.; F. Pesce, *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*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24.3.2015, 10 ss.

¹¹¹ Per un approfondimento sulla normativa francese in materia v. L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., 9 ss.

¹¹² Art. 132-76 codice penale francese: «Quando un crimine o un delitto è preceduto, accompagnato o seguito da parole, scritti, immagini, oggetti o atti di qualsiasi genere che siano lesivi dell'onore o della considerazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima è parte in ragione della sua appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, a una certa razza, etnia, nazionalità o religione, o se si stabilisse che gli atti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi, la pena detentiva massima comminabile è aumentata come segue: 1° Condanna all'ergastolo quando il reato è punito con trent'anni di reclusione; 2° Aumento a trenta anni di reclusione quando il reato è punito con venti anni di reclusione; 3° Aumento a venti anni di reclusione quando il reato è punito con quindici anni di reclusione; 4° Aumento a quindici anni di reclusione quando il reato è punito con dieci anni di reclusione; 5° Aumento a dieci anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di sette anni; 6° Aumento a sette anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di cinque anni; 7° La pena viene raddoppiata quando il reato è punito nel massimo con la reclusione di tre anni. Il presente articolo non si applica ai reati previsti dagli articoli 222-13, 225-1 e 432-7 del presente codice, né dal settimo comma dell'articolo 24, dal secondo comma dell'articolo 32 e dal terzo comma dell'articolo 33 del legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa».

¹¹³ Art. 132-77 codice penale francese: «Quando un crimine o un delitto è preceduto, accompagnato o seguito da parole, scritti, immagini, oggetti o atti di qualsiasi tipo che siano lesivi dell'onore o della considerazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima è parte in ragione del suo sesso, del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere, vera o presunta, o se si stabilisce che gli atti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi, la privazione massima della libertà subita è aumentata come segue: 1° Condanna all'ergastolo quando il reato è punito con trent'anni di reclusione; 2° Aumento a trenta anni di reclusione quando il reato è punito con venti anni di reclusione; 3° Aumento a venti anni di reclusione quando il reato è punito con quindici anni di reclusione; 4° Aumento a quindici anni di reclusione quando il reato è punito con dieci anni di reclusione; 5° Aumento a dieci anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di sette anni; 6° Aumento a sette anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di cinque anni; 7° La pena viene

stavolta, ai motivi discriminatori fondati sul sesso, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, vera o presunta.

Al fine di garantire una tutela quanto più completa possibile nei riguardi di tali vittime, l'ordinamento francese prevede altresì una fattispecie autonoma di reato riproducendo un meccanismo analogo a quello delle circostanze aggravanti summenzionate. L'art. 225-1¹⁴ definisce il concetto di "discriminazione" come «qualsiasi distinzione operata tra persone fisiche» sulla base di una loro caratteristica personale, tra le quali viene fatto rientrare anche l'orientamento sessuale. Una normativa con tale ispirazione definitoria potrebbe tornare utile, nel nostro ordinamento, al fine di individuare a quali condizioni un atto possa considerarsi "discriminatorio" ai fini penali.

L'art. 225-2 sanziona, poi, con la reclusione di tre anni e con la multa di 45.000 euro la discriminazione (per come definita dall'art. 225-1) commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica mediante una serie di condotte espressamente tipizzate dal legislatore francese (come, ad esempio, negare la fornitura di beni o servizi, oppure rifiutare di assumere una persona per un lavoro o per un tirocinio), con la previsione di un aumento di pena quando queste siano realizzate in un luogo pubblico o per impedirvi l'accesso¹⁵.

raddoppiata quando il reato è punito nel massimo con la reclusione di tre anni. Il presente articolo non si applica ai reati previsti dagli articoli 222-13, 222-33, 225-1 e 432-7 del presente codice, né dall'ottavo comma dell'articolo 24, dal terzo comma dell'articolo 32 e dal quarto comma articolo 33 della legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, né quando il reato è già aggravato o quando commesso dal coniuge, dal partner della vittima o dal partner legato alla vittima da un patto civile di solidarietà, o quando è commesso contro una persona per costringerla a contrarre un matrimonio o per concludere un'unione, sia in ragione del suo rifiuto di contrarre il matrimonio o l'unione».

¹⁴ Art. 225-1 codice penale francese: «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra persone fisiche sulla base della loro origine, del loro sesso, del loro stato civile, della loro gravidanza, del loro aspetto fisico, della loro particolare vulnerabilità derivante dalla loro situazione economica, apparente o nota, del proprio cognome, del luogo di residenza, dello stato di salute, della perdita di autonomia, di un handicap, delle caratteristiche genetiche, dei costumi, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere, dell'età, delle opinioni politiche, dell'attività sindacale, della capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, della propria appartenenza o meno, reale o presunta, a un gruppo etnico o a una nazionalità, a una cosiddetta razza o a una determinata religione». Gli articoli immediatamente successivi contribuiscono a specificare la nozione di discriminazione come segue: l'art. 225-1-1 stabilisce che «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra le persone in quanto abbiano subito o rifiutato di subire atti di molestia sessuale come definiti negli articoli 222-33 o abbiano testimoniato tali fatti, incluso, nel caso di cui al punto I dello stesso articolo, se le dichiarazioni o i comportamenti non siano stati ripetuti», l'art. 225-1-2 invece sancisce che «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra le persone in quanto abbiano subito o rifiutato di subire atti di nonnismo definiti nell'articolo 225-16-1 o abbiano testimoniato tali fatti».

¹⁵ Art. 225-2 codice penale francese: «La discriminazione definita negli articoli da 225-1 a 225-1-2, commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica, è punibile con la reclusione di tre anni e con la multa di 45.000 euro quando consista nel: 1° rifiutare la fornitura di beni o servizi; 2° ostacolare il normale esercizio di qualsiasi attività economica; 3° rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; 4° subordinare la fornitura di beni o servizi a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 5° fare un'offerta di lavoro, una richiesta di tirocinio o un periodo di formazione in azienda subordinata a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 6° rifiutare di accettare una persona per uno dei tirocini di cui al 2° dell'articolo L. 412-8 del codice della sicurezza sociale. Quando il diniego discriminatorio previsto al 1° è commesso in un luogo aperto al pubblico o al fine di

L'art. 225-3¹¹⁶ enuclea, invece, le circostanze in cui le disposizioni dell'art. 225-2 non trovano applicazione, ossia le ipotesi in cui le diverse forme di discriminazione possono ritenersi legittime (come, per esempio, rifiutare di assumere un soggetto con disabilità per una mansione al cui impiego non sarebbe idoneo).

Il riferimento alla sussistenza, vera o presunta, dell'elemento discriminatorio pare idonea a garantire una maggiore tutela da siffatto genere di comportamenti: sarebbe infatti punita la condotta discriminatoria commessa nei confronti di un soggetto che si crede essere omosessuale anche se, in realtà non lo è, sanzionando in tal modo la discriminazione *tout court*, anche ove concretamente non sussista la ragione per la quale si realizza il comportamento discriminatorio.

La normativa antidiscriminatoria francese, inoltre, costituisce un valido esempio di come i dubbi connessi alla violazione del principio di tassatività o sufficiente determinatezza da parte di una norma penale intenta a maneggiare concetti dai labili contorni come quelli della materia *de qua* possano essere agevolmente superati da un'adeguata tecnica di normazione.

Pur mancando ancora nel nostro ordinamento una legislazione di contrasto alle discriminazioni sorrette da movente omofobico, occorre evidenziare come non siano invero mancati i tentativi di introdurre in Italia una normativa di tal fatta.

impedirne l'accesso, le pene sono aumentate a cinque anni di reclusione e ad una multa di 75.000 euro». Il richiamo all'art. 225-2 è contenuto nel disposto della norma di chiusura della Sezione del codice penale francese dedicata alla discriminazione, ossia l'art. 225-4 ai sensi del quale «Le persone giuridiche dichiarate penalmente responsabili, alle condizioni previste dall'articolo 121-2, per i reati di cui all'articolo 225-2 incorrono, oltre alla sanzione pecuniaria nei termini previsti dagli articoli 131-38, le sanzioni previste dal 2° al 5°, 8° e 9° dell'articolo 131-39. Il divieto di cui al 2° dell'articolo 131-39 riguarda l'attività nell'esercizio della quale o in occasione dell'esercizio della quale è stato commesso il reato».

¹¹⁶ Art. 225-3 codice penale francese: «Non si applicano le disposizioni del precedente articolo nel caso di: 1° Discriminazione basata sullo stato di salute, quando si tratta di operazioni volte a prevenire e evitare il rischio di morte, i rischi che ledono l'integrità fisica della persona o i rischi di incapacità al lavoro o disabilità. Tuttavia, tale discriminazione è punita con le sanzioni previste dall'articolo precedente quando si basino su test genetici predittivi aventi ad oggetto una malattia non ancora dichiarata o una predisposizione genetica ad una malattia o quando essi si basino sulla presa in considerazione delle conseguenze sullo stato di salute del prelievo di organi come definito nell'articolo L. 1231-1 del Codice della sanità pubblica; 2° Discriminazioni fondate sullo stato di salute o sull'invalidità, quando consistano nel rifiuto dell'assunzione o nel licenziamento per inidoneità accertata dal punto di vista medico ovvero nell'ambito del Titolo IV del Libro II del Codice del Lavoro, sia nell'ambito delle norme statutarie relative al servizio civile; 3° Discriminazione fondata, in materia di assunzione, su un motivo di cui all'articolo 225-1 del presente codice, quando tale motivo costituisce un requisito professionale essenziale e determinante e purché l'obiettivo sia legittimo e proporzionato; 4° Discriminazione fondata, in termini di accesso a beni e servizi, sul sesso quando tale discriminazione sia giustificata dalla tutela delle vittime di violenza sessuale, da considerazioni legate al rispetto della vita privata e del decoro, dalla promozione dell'uguaglianza di genere o dagli interessi di uomini o donne, libertà di associazione o organizzazione di attività sportive; 5° Rifiuto di assunzione in base alla nazionalità qualora risulti dall'applicazione di disposizioni statutarie in materia di pubblico impiego; 6° Discriminazione legata al luogo di residenza quando il responsabile della fornitura di un bene o di un servizio si trova in una situazione di pericolo manifesto. Le misure adottate a favore delle persone residenti in determinate aree geografiche e volte a promuovere la parità di trattamento non costituiscono discriminazione». Il successivo art. 225-3-1 specifica che «I reati previsti dalla presente sezione si configurano anche se commessi nei confronti di una o più persone che abbiano richiesto uno dei beni, atti, servizi o contratti di cui all'articolo 225-2 al fine di dimostrare la sussistenza del comportamento discriminatorio, una volta accertata tale condotta».

Da ultimo il d.d.l. Scalfarotto¹⁷, recante “Disposizioni in materia di contrasto dell’omofobia e della transfobia”, aveva tentato di estendere ai suddetti motivi alcune delle condotte individuate dall’art. 3 della l. Reale-Mancino già previste con riferimento ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Diverse sono state le argomentazioni opposte all’introduzione di una normativa antidiscriminatoria fondata su motivi omofobici.

C’è chi ha obiettato che, in tal modo, si creerebbe un fenomeno di “discriminazione alla rovescia” a danno degli eterosessuali o di altre categorie vulnerabili, creando un ingiustificato privilegio per determinati soggetti. A tal riguardo è stato puntualmente osservato come l’asserita violazione dell’art. 3 Cost. non sia concretamente sostenibile in materia, in quanto la principale disposizione a tutela dell’uguaglianza nel nostro ordinamento giustifica le discriminazioni ragionevoli, ben potendo intervenire, dunque, in circostanze di vulnerabilità soggettiva¹⁸.

Inoltre l’obiezione sarebbe facilmente superabile facendo riferimento - in prospettiva *de lege ferenda* - alla discriminazione dettata dall’orientamento sessuale della vittima, in modo tale da estendere la protezione anche agli eterosessuali.

Il rischio di una discriminazione a rovescio parrebbe, inoltre, sconfessato - secondo parte della dottrina - dai dati statistici sugli *hate crimes* in materia di violenza omofobica, i quali renderebbero un intervento in materia rispettoso del principio di eguaglianza-ragionevolezza¹⁹.

Non sarebbe neanche possibile obiettare che l’introduzione di una circostanza inerente l’omofobia sarebbe connotata da una spiccata impronta soggettivistica incompatibile con l’ordinamento penale. «L’opzione a favore di un diritto penale oggettivistico non comporta, invece, la rinuncia a valorizzare le componenti soggettive

¹⁷ L’art. 1 co. 1 del d.d.l. Scalfarotto intendeva estendere ai motivi omofobici e transfobici le condotte di istigazione alla commissione o di commissione medesima di atti di discriminazione (art. 3 co. 1 lett. a seconda parte l. n. 654/1975, come modificata dalla l. 85/2006), le condotte di istigazione a commettere o la commissione medesima di violenza o atti di provocazione alla violenza (art. 3 co. 1 lett. b l. n. 654/1975), la costituzione e la partecipazione ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione (art. 3 co. 3 l. n. 654/1975). L’art. 1 in esame, dopo il comma 3, aggiungeva un ulteriore comma 3 *bis* del seguente tenore «Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo 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». La modifica più rilevante presente al secondo comma dell’art. 1 riguardava l’estensione dei motivi omofobici e transfobici alla circostanza aggravante di cui all’art. 3 del d.l. n. 122/1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205/1993. Il secondo ed ultimo articolo del d.d.l. in questione, rubricato “Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza”, era volto a verificare l’applicazione della legge e la realizzazione delle politiche di contrasto alla discriminazione. Sul punto v. L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l’uguaglianza*, cit., 1537. F. Pesce, *Omofobia e diritto penale*, op. cit., 22 ss.

¹⁸ M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, in *Genlus* 2015, 19; E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., 25 ss.

¹⁹ L. Goisis, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *Genlus* 2015, 51; E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri*, cit., 16.

del reato, di un reato imperniato su un fatto offensivo di beni giuridici»¹²⁰.

È stato poi sostenuto da altre parti come l'estensione della normativa antidiscriminatoria al movente omofobico potrebbe non essere necessaria, essendo applicabile in tali situazioni il disposto dell'art. 61 n. 1 Cp che disciplina la circostanza aggravante dei motivi abietti e futili.

Accogliendo la definizione fornita dalla Corte di Cassazione, «per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano»¹²¹.

Ancora più di recente la Suprema Corte si è espressa con riferimento al motivo futile, ritenendo che quest'ultima circostanza aggravante sussista «ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento»¹²².

Tali definizioni pongono un duplice problema, tanto in termini generali, quanto in termini specifici.

Dal punto di vista teorico, far dipendere la sussistenza del motivo abietto o futile dalla condivisione di un medesimo sentire da parte della generalità dei consociati comporterebbe una deriva discriminatoria, in quanto il grado di tutela di un soggetto dipenderebbe da un mero dato quantitativo.

Da un punto di vista specifico, invece, non pare proprio che l'argomento "omosessualità" sia connotato da una pacifica accettazione da parte della collettività, il che renderebbe, secondo questa interpretazione, l'art. 61 n. 1 Cp concretamente inapplicabile.

Autorevole dottrina ha inoltre evidenziato la palese contraddittorietà di tale

¹²⁰ E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., 33.

¹²¹ Cass. 6.5.2008 n. 32851, in *DeJure*. Più di recente il motivo abietto è stato definito, in termini analoghi, come «quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca repulsione»: così Cass. 9.1.2015 n. 5171, in *DeJure*. L'unica occasione in cui la Corte di Cassazione si è trovata a dover valutare l'applicazione dei motivi abietti e futili con riguardo alla materia dell'omosessualità si è espressa in questi termini: «Non ricorre la circostanza aggravante del motivo abietto in relazione all'omicidio commesso da un omosessuale in danno di un soggetto del quale egli si era innamorato, venendone respinto. Deve infatti escludersi che il concetto di "abietto" possa riferirsi ai sentimenti di affetto e di amore propri di ogni essere umano, sia esso omosessuale ovvero eterosessuale»: in questo senso Cass. 12.3.2009 n. 16968, in *DeJure*. Sul punto E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri*, cit., 13. La citata aggravante comune ha trovato applicazione in altri due casi meno noti verificatisi rispettivamente a Napoli e a Bari, su cui si concentra diffusamente G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, op. cit., 118 s.

¹²² Cass. 30.6.2020 n. 25940, in *DeJure*.

obiezione, chiarendo come «sulla questione dell'introduzione di una circostanza aggravante del reato a motivazione omo/transfobica: o si è favorevoli (salvo discuterne struttura e disciplina) o si è contrari; è invece contraddittorio argomentare contro l'introduzione di una aggravante, per poi recuperare lo stesso disvalore all'interno di un'altra aggravante presente nel sistema»¹²³.

Appare da ultimo condivisibile la riflessione secondo cui l'applicazione dell'art. 61 n. 1 Cp al movente omofobico determinerebbe un "doppio binario di tutela" in quanto i connotati soggettivi di cui all'art. 604 *ter* Cp (razza, etnia, nazionalità, religione) troverebbero una maggiore tutela rispetto a quella che l'art. 61 n. 1 Cp potrebbe garantire all'omosessualità. Basti a tal proposito porre mente al fatto che, mentre l'aggravante generica dei motivi abietti e futili è suscettibile di bilanciamento, quest'ultimo è invece escluso per l'aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp «Questa repressione a doppio binario di crimini che hanno la stessa *occasio*, se può essere utile in via transitoria nell'attesa di una integrazione dell'art. 604-*ter* c.p., non può quindi essere considerata come valida nel lungo termine, per la patente discriminazione normativa che ne deriverebbe»¹²⁴.

Non sono poi mancate opinioni volte a far rientrare il movente omofobico nell'aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp. È la stessa norma a fornirci i primi indizi in ordine alle circostanze che possono integrare l'aggravante in parola, riferendosi alle circostanze di tempo e di luogo nonché all'età della persona offesa (requisito riferito alle circostanze inerenti alla persona).

Invocare tale ultima circostanza aggravante sarebbe ancor più discriminatorio, poiché connoterebbe gli omosessuali come soggetti intrinsecamente vulnerabili, ove invece un uso più cauto dell'aggravante *de qua* imporrebbe di riferirsi (in ordine alle caratteristiche personali dell'offeso) a requisiti suscettibili di oggettiva valutabilità, come l'essere soggetti anziani o minori d'età.

Ciò non toglie che la minorata difesa potrebbe correttamente trovare applicazione in condizioni di concreta vulnerabilità, il che potrebbe facilmente verificarsi in situazioni in cui più aggressori approfittino della solitudine della vittima omosessuale, magari in un luogo isolato ed in tempo di notte¹²⁵.

In tale prospettiva, appare del tutto condivisibile l'impianto metodologico di quella parte di dottrina ad avviso della quale «fondare la ragione dell'intervento penale sulla maggiore vulnerabilità della vittima significa sbilanciare la riflessione sulla vittima», nella convinzione che invece «debba essere considerato il maggior disvalore

¹²³ M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., 21.

¹²⁴ G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, op. cit., 119.

¹²⁵ G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, op. cit., 49. In termini analoghi si esprime M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., 24, chiarendo che «Il richiamo alla vulnerabilità dell'omosessuale per giustificare l'estensione dell'aggravante della minorata difesa alle aggressioni omo/transfobiche sottenderebbe un argomento inconsapevolmente discriminatorio».

insito nell'aggressione di stampo omofobico»¹²⁶.

Non si comprende (o, forse, si comprende fin troppo) come mai la possibile estensione della normativa antidiscriminatoria nel nostro ordinamento al movente omofobico sia stata accolta da così tante obiezioni che, invece, non si sono registrate al momento dell'introduzione della discriminazione religiosa ad opera della l. Mancino.

Del pari, non si comprende come mai, da un lato, si facciano passi in avanti nella delicata materia della parificazione dei diritti delle persone omosessuali - basti pensare all'introduzione delle unioni civili nell'ordinamento italiano o alla recentissima pronuncia delle Sezioni Unite sulla validità in Italia dell'adozione ottenuta all'estero da una coppia omosessuale¹²⁷ - e dall'altro si torni indietro ostacolando l'introduzione di una normativa antidiscriminatoria a sfondo omofobico.

7. Il d.d.l. Zan, recante *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, approvato dalla Camera dei deputati il 4.11.2020, si pone in sostanziale continuità con gli intenti del d.d.l. Scalfarotto, proponendosi di estendere la normativa antidiscriminatoria del nostro ordinamento, oggi confluita nel corpo degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, ad ulteriori moventi discriminatori.

L'art. 1 del disegno di legge in esame fornisce una serie di definizioni (relative al sesso, al genere, all'orientamento sessuale ed all'identità di genere, non essendo però delineato il concetto di disabilità) utili ad orientarsi nella materia che ci si propone di disciplinare. Anche se l'articolo in questione si apre con l'espressione "Ai fini della presente legge", deve ritenersi che siffatte definizioni si riferiscano in realtà al disposto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp¹²⁸.

Tale integrazione appare funzionale a garantire il rispetto del principio penalistico della tassatività¹²⁹, troppo spesso invocato nella materia *de qua* per criticare l'impianto normativo antidiscriminatorio. Non sono mancate però sul punto voci contrastanti, come chi ha etichettato tali definizioni come "mainstream", considerandole non unanimemente condivise nel dibattito scientifico e, pertanto,

¹²⁶ M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., 25.

¹²⁷ «In tema di efficacia nell'ordinamento interno di atti adottati all'estero, non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo "status" genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»: Cass. S.U. 31.3.2021 n. 9006, in *DeJure*.

¹²⁸ F. Palazzo, *La nuova frontiera*, op. cit., 6.

¹²⁹ A. Schillaci, *A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà*, in *L'omo-transfobia diventa reato*, op. cit., 12.

idonee ad alimentare l'analisi critica degli addetti ai lavori¹³⁰.

L'art. 2, recante "Modifiche all'articolo 604-bis del codice penale", estende ai motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità la condotta di chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione (co. 1, lett. a, seconda parte), il contegno di chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza (co. 1, lett. b), nonché la condotta associativa di cui al secondo comma dell'art. 604 bis Cp.

L'ampliamento che la norma si propone di realizzare non include la fattispecie propagandistica di cui al primo comma, lett. a dell'art. 604 bis Cp. Su tale questione e sul positivo effetto di questa scelta normativa in riferimento al diritto alla libera manifestazione del pensiero si è in dottrina generato un interessante dibattito.

A fronte di chi ha ritenuto che l'esclusione della propaganda dall'ambito della riforma «basterebbe ad escludere ogni preoccupazione in ordine a future limitazioni della libertà di espressione»¹³¹, non si sono fatte attendere opinioni di senso contrario che trovano poco rassicurante l'esclusione operata dal disegno di legge.

L'insidia per la libera manifestazione del pensiero permarrebbe nell'istigazione sterile, specie ove quest'ultima si riferisca ad atti di discriminazione privi di rilevanza penale, a nulla rilevando l'interpretazione operata dalla giurisprudenza costituzionale - attenta al bilanciamento della libera manifestazione del pensiero con la pari dignità tutelata dalla Sezione dei delitti contro l'eguaglianza - con riguardo alle condotte istigatorie in termini di pericolo concreto¹³². Secondo tale dottrina «le componenti valutative che entrano in gioco al momento di saggiare la pericolosità in concreto di una determinata opinione sono l'esatto opposto di quel che si vorrebbe garantire con la tutela della libertà di espressione»¹³³, in quanto il giudice del caso concreto entra nel merito dell'espressione d'odio facendo una sua (inevitabilmente parziale e personale) valutazione in ordine alla pericolosità dell'opinione manifestata, correndosi così il rischio di dar vita a pronunce giurisprudenziali dai toni discordanti su casi sostanzialmente analoghi.

¹³⁰ G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione*, op. cit., 17.

¹³¹ L. Goisis, *Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d'odio omotransfobico, di genere, per disabilità*, in *L'omo-transfobia diventa reato*, cit., 24.

¹³² Intuitivo il riferimento alla sentenza della C. cost., 4.5.1970, n. 65, in *DeJure*, la quale sancisce il principio per il quale «l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». Si veda sul tema C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 19 ss.; tale pronuncia è stata fatta oggetto d'analisi anche da G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, op. cit., 221 ss.

¹³³ C. Visconti, *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *sistemapenale.it*, 4.2.2021, 9 s. L'A. chiarisce più avanti come «punire l'istigazione in quanto tale è di per sé una limitazione della libertà di espressione (ammesso e non concesso che sia agevole distinguerla dalla propaganda); condizionarne la punibilità all'accertamento della pericolosità in concreto non salva, comunque, da una compressione della libertà di parola di cui l'istigazione rimane espressione».

L'art. 3 propone invece una modifica all'art. 604 *ter* Cp, estendendo la circostanza aggravante in essa contenuta ai motivi inerenti il sesso, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o la disabilità. L'articolo in esame utilizza espressamente il termine "motivi", il che ci porterebbe a ritenere che questi ultimi coesisterebbero con il termine "finalità" presente nella parte precedente della norma e riferito all'odio etnico, nazionale, razziale o religioso. L'art. 604 *ter* Cp infatti, nella sua attuale formulazione, prevede un aumento del trattamento sanzionatorio per i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo commessi per "finalità" di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare organizzazioni con siffatti scopi. Il riferimento ai "motivi" concernenti sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità che il d.d.l. Zan propone di introdurre rischia di generare un diverso approccio in termini di accertamento probatorio, dal momento che il motivo e la finalità si collocano in due momenti diversi della verifica processuale¹³⁴.

L'art. 4, rubricato "Pluralismo delle idee e libertà delle scelte", contiene una clausola di salvaguardia della libera manifestazione del pensiero, volta a tutelare la «libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti». Il legislatore, dunque, introducendo il riferimento al pericolo concreto, rimette al bilanciamento casistico del giudice il contemperamento tra le opposte esigenze della libera manifestazione del pensiero e dell'eguaglianza tutelata dagli articoli che ci si propone di modificare¹³⁵. La menzione del concreto pericolo, riferito all'esternazione delle opinioni o alla realizzazione delle condotte legittime, rischia però di essere strumentalizzato, nel tentativo di astrarre siffatti comportamenti - in particolare gli atti discriminatori ma leciti (attualmente sanzionati dall'art. 604 *bis* Cp) - dalla rilevanza penale ad oggi prevista per i motivi etnici, nazionali, razziali o religiosi.

Residua sul punto un ulteriore interrogativo. Il citato art. 4 si apre con la dicitura "Ai fini della presente legge". Salvo ritenere che si tratti di una svista analoga a quella prevista dall'art. 1 del disegno di legge in esame e che, pertanto, essa vada intesa come riferita al disposto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, sorge spontaneo chiedersi: siffatta clausola di salvaguardia della libera manifestazione del pensiero dovrebbe valere esclusivamente per il movente omofobico previsto dalla proposta di legge (dando così rilievo al dettato legislativo e presupponendo che con l'espressione "Ai fini della presente legge" il legislatore intendesse riferirsi esclusivamente i neo-introducendi motivi discriminatori) oppure dovrebbe estendersi anche ai motivi nazionali, etnici,

¹³⁴ Per un approfondimento sul tema, già affrontato nelle pagine precedenti, si veda *supra*, § 3, 9.

¹³⁵ F. Palazzo, *La nuova frontiera*, *op. cit.*, 7.

razziali e religiosi previsti nella Sezione I *bis* del codice sulla quale ci si propone di intervenire?

L'art. 5 prevede poi una serie di modifiche al d.l. n. 122/1993 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205/1993.

Sostituisce, all'art. 1 co. 1 *bis* (il quale attribuisce al tribunale la facoltà di applicare una o più sanzioni accessorie¹³⁶ per i reati antidiscriminatori), il riferimento all'art. 3 della l. n. 654/1975, con quello attuale degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp.

Elimina l'originario comma 1 *ter* introducendone uno nuovo con il quale si stabilisce, in caso di condanna per uno dei delitti in esame, la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena, ove il condannato non si opponga, alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività, prevedendo altresì che, nei casi di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova da parte dell'imputato, per lavoro di pubblica utilità deve intendersi quanto previsto dai commi 1 *quater*, 1 *quinquies* e 1 *sexies*.

Altra novità di particolare rilievo si rinviene nella modifica del comma 1 *quater*. Originariamente l'attività non retribuita a favore della collettività doveva svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane. Il disegno di legge in esame, rimuovendo tale inciso, ammette implicitamente la possibilità che la sanzione accessoria non venga espiata più al termine del periodo di detenzione; ma vi è di più. Nel determinare l'attività a favore della collettività il giudice, grazie al nuovo inciso che la proposta di legge intenderebbe introdurre, dovrà tener conto delle ragioni che hanno determinato la condotta. Con tale modifica si palesa un rinnovato interesse da parte del legislatore - il quale non potrà che sollecitare anche le riflessioni della dottrina - nei confronti del movente del soggetto agente.

Da ultimo, l'art. 5 in esame annovera tra le attività non retribuite a favore della collettività, lo svolgimento del lavoro a favore delle associazioni a tutela delle vittime dei reati di cui all'art. 604 *bis* Cp, dando così al giudice la possibilità di instaurare un più stretto legame tra il reo e la comunità della vittima da lui discriminata (pur essendo dietro l'angolo il rischio che una scelta di tal fatta aizzi ancor di più il condannato nei confronti della categoria a favore della quale si troverebbe a dover prestare la propria attività).

¹³⁶ Le sanzioni accessorie in parola, elencate dall'Allegato alla l. 205/1993, (G.U. n. 148 del 26.6.1993) sono: «a) obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1 *ter*; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

L'art. 6 del d.d.l. in esame si propone, inoltre, di modificare l'art. 90 *quater* Cpp¹³⁷, rubricato "Condizione di particolare vulnerabilità". Tale articolo stabilisce che, ai fini della valutazione della condizione di vulnerabilità della persona offesa, si debba tener conto dell'eventualità in cui il fatto risulti commesso con violenza alla persona o con odio razziale. La proposta di legge aggiungerebbe al movente razziale anche i motivi fondati «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere», non comprendendosi, invero, l'assenza in tal sede del riferimento alla disabilità.

L'art. 7 istituirebbe, poi, la Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione, nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze animate dai succitati motivi. In tal modo troverebbero attuazione i principi di eguaglianza e pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione, anche grazie alla promozione di un percorso di educazione scolastica in tal senso, così realizzando una positiva forma di orientamento culturale. Sul punto parte della dottrina aveva invero proposto l'introduzione di una più generale giornata contro i crimini d'odio, in modo da non lasciare privo di riconoscimento nessun fattore di discriminazione¹³⁸.

L'art. 8, poi, modifica l'art. 7 del d. lgs. 9.7.2003, n. 215¹³⁹, attribuendo all'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni (UNAR) il compito di elaborare, con cadenza triennale, una strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

L'art. 9 integra il disposto dell'art. 105 *quater* del d.l. 19.5.2020, n. 34 convertito, con modificazioni, dalla l. 17.7.2020, n. 77¹⁴⁰ in materia di centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere con il riferimento ai reati di cui all'art. 604 *bis* Cp ed alla circostanza aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp.

Infine, l'art. 10 della proposta in esame attribuisce all'Istituto nazionale di statistica, in collaborazione con l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD), il compito di svolgere una rilevazione statistica, con cadenza almeno triennale, al fine di verificare l'applicazione della legge *de qua* e la realizzazione delle relative politiche antidiscriminatorie.

Anche senza condividere l'opinione di quella parte di dottrina che ritiene

¹³⁷ Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. *b* del d. lgs. 15.12.2015, n. 212, emanato in attuazione della dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2012, che istituisce "Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato".

¹³⁸ L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1545.

¹³⁹ G.U. n. 186 del 12.8.2003. Decreto legislativo emanato in attuazione della dir. 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹⁴⁰ G.U. n. 180 del 18.7.2020.

configurabile un obbligo di incriminazione per i crimini d'odio omofobico¹⁴¹, l'introduzione dell'appena esaminato disegno di legge pare opportuna per un semplice ragionamento di fondo.

Il d.d.l. Zan altro non fa se non proporre di espandere l'ambito di applicazione di una normativa presente già da anni nel nostro codice. Essere contrari all'ampliamento del movente omofobico dovrebbe comportare l'affermazione dell'illegittimità dell'intero impianto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, cui si riferiscono le valutazioni critiche fino ad ora svolte.

In poche parole, appare contraddittorio sostenere la legittimità dell'incriminazione della discriminazione razziale o di quella animata da movente religioso ed opporsi alla discriminazione omofoba: siffatto modo di argomentare paleserebbe, infatti, un'intima contraddizione.

8. La materia *de qua* si colloca sul campo minato del complesso rapporto tra diritto penale, etica¹⁴², morale¹⁴³ e laicità¹⁴⁴, concetti legati tra loro da un (in)visibile *fil rouge*.

Con particolare riguardo al principio di laicità, diverse sono state le definizioni che sono state proposte in dottrina.

Essa può essere definita come l'idea di neutralità ed equidistanza, non equivalente però a indifferenza, dell'ordinamento penale rispetto alle diverse concezioni del mondo¹⁴⁵, ma anche come convivenza ed inclusione di eguali libertà in cui coesistono una pluralità di culture e tradizioni in libero confronto tra loro¹⁴⁶.

Uno Stato può compiutamente definirsi "laico" nella misura in cui promuova la libera coesistenza tra le varie concezioni etiche che al suo interno possono svilupparsi: in una società democratica «l'unica forza dello Stato laico è la sua debolezza, cioè la capacità metodologica di fungere da ospite - e garante - delle diversità»¹⁴⁷.

Guardando più da vicino, con riferimento alla materia penalistica, il c.d. *ius terribile* assume il ruolo di garante di siffatta convivenza tra differenti culture,

¹⁴¹ L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1527.

¹⁴² Riflette compiutamente sul passaggio del diritto penale da *extrema ratio* e *unica ratio* F. Pesce, *Omofobia e diritto penale*, op. cit., 36. L'A. sul punto si esprime efficacemente nei seguenti termini: «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».

¹⁴³ Appare possibile distinguere una morale positiva e una morale critica: «la prima corrisponde alla morale effettivamente accettata e condivisa in un determinato gruppo sociale (nell'ambito delle odierne società "pluraliste", potremmo parlare di "morali" specifiche effettivamente vigenti nei vari gruppi sociali); la seconda (morale critica) si preoccupa, invece, di elaborare i principi generali da impiegare nel sottoporre a vaglio critico la morale e le morali positive»: v. G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità?*, cit., 210 s.

¹⁴⁴ G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 18 ss.

¹⁴⁵ G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, op. cit., 11.

¹⁴⁶ D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP* 2006, 57.

¹⁴⁷ G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 41.

presupponendo la reciproca autonomia tra diritto e morale. In questo specifico ambito la laicità si riferisce alla «garanzia di un pluralismo di valori etici e politici, che debbono restare immuni da coercizione giuridica e poter legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità»¹⁴⁸.

Se da un lato par vero che il diritto penale si trova a preservare valori che riceve in eredità dal tipo di società democratica di riferimento¹⁴⁹, non sembra però da respingere l'idea che il diritto penale medesimo possa altresì assumere un ruolo di avanguardia nei confronti di beni giuridici di nuovo conio, tra i quali potrebbe (perché no) farsi rientrare la tutela contro discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale¹⁵⁰.

Le fattispecie incriminatrici oggetto d'esame nel presente lavoro, volte a prevenire il danno prodotto dalle manifestazioni d'odio, tendono a legittimarsi (come si è cercato di esplicitare) in termini di tutela della dignità e, soprattutto, dell'uguaglianza di ogni essere umano: «in nome della tutela di beni così evocativi da un punto di vista ideale ed emotivo può invero apparire giustificato (...) il sacrificio conseguentemente imposto alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà del dibattito politico»¹⁵¹.

Attenzione, l'idealità di questi beni può portare al fraintendimento dei loro connotati essenziali e alla loro facile sovrapposizione con l'ancora più sfumata categoria dei sentimenti (i quali potrebbero non assurgere al rango di "bene giuridico" in quanto non facilmente delineabili in termini di tassatività): «il diritto penale non tutela meri sentimenti (...) ma la loro obiettivazione in situazioni sociali, in interessi, in beni giuridici più definiti della percezione soggettiva: tanto che essi vengono tutelati a prescindere dalla prova di quella percezione in capo a un qualche individuo determinato»¹⁵².

Un approccio restrittivo alla materia *de qua* potrebbe portarci a dire che il diritto, in particolare il diritto penale, non dovrebbe forse occuparsi di siffatti fenomeni. Così facendo, tuttavia, si corre il rischio di creare pericolosi vuoti di tutela

¹⁴⁸ D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, cit., 65.

¹⁴⁹ G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 40. In tal sede l'A., preliminarmente richiamando il pensiero di Joel Feinberg nei termini del «disconoscimento al diritto penale della competenza a svolgere una funzione promozionale o propulsiva di interessi o valori non ancora avvertiti dai singoli» (citazione rinvenibile a 26), ne condivide l'impostazione metodologica palesando perplessità nei confronti di un uso promozionale delle risorse punitive, 37.

¹⁵⁰ M. Donini, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"Offense" di Joel Feinberg", 58, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit. Dello stesso avviso pare autorevole dottrina secondo cui «quando vi siano esigenze di tutela di interessi socialmente significativi, il diritto (anche penale) può fare da apripista, additando come meritevoli di riconoscimento e tutela interessi e valori non ancora ben radicati nella coscienza sociale, e/o diversamente valutati da diverse concezioni etico politiche»: D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, cit., 67.

¹⁵¹ G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 37.

¹⁵² M. Donini, "Danno" e "offesa", *op. cit.*, 80 s.; sul tema, recentemente, F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*. cit.

che una moderna società civile non dovrebbe consentire, avendo quest'ultima il compito di apprestare una tutela rafforzata ai gruppi di minoranza in un'ottica di eguaglianza sostanziale volta a trattare diversamente situazioni differenti¹⁵³.

Non deve sorprendere troppo che, specie nel diritto penale, ci sia la possibilità che la cultura vada a permeare il diritto e che il precetto penale assuma una funzione "narrativo-pedagogica", ciò alla luce della sua indubbia funzione di orientamento culturale, specialmente in termini general-preventivi.

Gli artt. 604 *bis* e *ter* Cp (specie nella loro componente dialettica), a maggior ragione ove il d.d.l. Zan dovesse vedere la luce, possono essere considerati come norme simboliche, sì, ma in senso eccezionalmente positivo: ciò che non è condivisibile è un uso del diritto penale che si limiti alla sola funzione educativa, in assenza di un sottostante interesse meritevole di tutela penale. Il problema non risiede tanto nell'intento simbolico, quanto piuttosto nelle modalità con cui siffatto intento si realizza. Si tratta, in definitiva, di un problema che non avrebbe ragione di porsi ove si facesse un uso legittimo del diritto penale, anche per un fine "simbolico".

L'omofobia (parola composta dei termini greci *ὄμος* e *φόβος*, letteralmente "la paura dello stesso", come se avere paura di qualcosa che sia uguale a noi non fosse abbastanza contraddittorio) costituisce un problema di educazione culturale ed è proprio questa la via da percorrere per attuare una proficua strategia di prevenzione della criminalità dell'odio¹⁵⁴, proprio come il d.d.l. Zan tenta di fare muovendosi non soltanto in ambito repressivo ma anche preventivo. In quanto problema culturale essa richiede, al fine di essere disinnescata, un'adeguata educazione.

In un'era in cui le piattaforme social hanno assunto rilevanza fondamentale nella vita di ognuno - trattandosi di strumenti idonei ad amplificare l'odio in modo esponenziale (un odio non sempre facilmente definibile ed identificabile) ed in cui il messaggio negativo viaggia più velocemente rispetto al messaggio positivo -, optare per un bilanciamento tra legge, collaborazione con le piattaforme medesime e educazione potrebbe essere una possibile via da percorrere. Il vero problema dell'educazione al rispetto del "diverso", però, è che essa costituisce un processo che richiede tempo e - senza l'ausilio del diritto, anche penale - si rischia di arrivare in ritardo¹⁵⁵.

¹⁵³ L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., 16 s.

¹⁵⁴ L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1533.

¹⁵⁵ Suggestive quanto particolarmente efficaci appaiono le parole di A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, op. cit., 158, secondo cui «Il discorso d'odio *inquina, goccia dopo goccia*, l'ambiente in cui viviamo; fermarlo costituisce un'operazione *ecologica*, di *bonifica* della società di cui siamo membri».