

**I reati commessi per finalità di discriminazione o di odio  
fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere**  
(Audizione informale Commissione Giustizia, Camera dei deputati)

di Diletta Tega\*  
(14 gennaio 2009)

On. Presidente, On. Relatore, On. Commissari,  
sono stata chiamata ad esprimere alcune considerazioni in relazione all'esame di una proposta di testo unificato in materia di reati commessi per finalità di discriminazione o di odio fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. In particolare tale proposta risulta così articolata:

*Introduzione nel codice penale dell'aggravante inerente all'orientamento sessuale della persona offesa dal reato ed all'identità di genere*

*Art. 1.*

*1. All'articolo 61, comma 1, del codice penale, dopo il numero 11-bis), è aggiunto il seguente:*

*«11-ter) l'aver commesso il fatto per finalità di discriminazione per motivi inerenti all'orientamento sessuale o all'identità di genere della persona offesa dal reato».*

*2. All'articolo 69 del codice penale è aggiunto il seguente comma: «Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al numero 11-ter) dell'articolo 61 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».*

Tale proposta rappresenta una soluzione diversa rispetto a quelle previste dalle proposte di legge C. 1658 Concia e C. 1882 Di Pietro che puniscono le condotte omofobiche attraverso la modifica della fattispecie dell'istigazione, prevista dalla legge n. 654 del 1975, così come emendata dalla legge Mancino (d.l. n. 122 del 1993 l. n. 205 del 1993), e dell'aggravante, prevista all'art. 3 della stessa legge Mancino.

Ritengo che entrambe le soluzioni proposte, tanto una nuova aggravante penale quanto la modifica della legge Mancino, siano percorribili e rispettose del dettato costituzionale, anche se complessivamente credo più opportuna la seconda opzione, come preciserò nel corso dell'audizione. Intendo affrontare in questo intervento tre ordini di argomenti a favore: le esperienze in merito a tale tematica degli altri ordinamenti dell'Unione europea; il quadro di insieme costituzionale; la proposta di testo unificato.

Il primo punto che desidero toccare, nella veste di coautore di un Report sull'omofobia nel nostro paese, commissionato dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, è il quadro normativo che gli altri paesi membri della UE hanno approntato nella lotta contro la discriminazione per orientamento sessuale o di identità di genere. Permettetemi a tal fine di richiamare brevemente i compiti di questa nuova Agenzia. E' un organismo di diritto pubblico europeo con propria personalità giuridica,

---

\* Ricercatore in Diritto costituzionale, Università di Milano-Bicocca, Professore a contratto di Tutela dei diritti fondamentali, Università di Bologna, Junior expert per l'Agenzia europea dei diritti fondamentali, coautore del Report 2008 commissionato dall'Agenzia su Omofobia e la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

prevista dal regolamento del Consiglio europeo n. 168/2007, 15 febbraio 2007. L'obiettivo prioritario dell'Agenzia è quello di assicurare assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali sia alle istituzioni competenti della Comunità sia agli Stati membri, tutte le volte in cui si trovino a dover adottare specifiche politiche in materia di diritti. Ha funzioni di consulenza sia nei confronti dell'Unione che dei singoli Stati membri. Il *board* è costituito da un componente per ogni Stato, un rappresentante del Consiglio d'Europa e due della Commissione. Le aree di interesse sono: discriminazioni in base al sesso, razza o origine etnica, religione o credenze, disabilità, età o orientamento sessuale e contro individui appartenenti a minoranze e in ogni caso di discriminazioni multiple; razzismo e xenofobia; indennizzo delle vittime; diritti e protezione dei minori; asilo, immigrazione e integrazione dei migranti; controllo delle frontiere; partecipazione dei cittadini al funzionamento dell'Unione; protezione dei dati personali; accesso ad una giustizia efficiente e indipendente.

Il Report sull'omofobia e la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è stato commissionato agli Stati membri dall'Agenzia nel 2008 ad uso della Commissione libertà civili, giustizia e affari interni del Parlamento europeo nell'ambito della discussione sull'opportunità di addvenire ad una direttiva che coprisse tutte le cause di discriminazione indicate nell'art. 13 del Trattato Ce per i settori già previsti dalla Direttiva 2000/43/Ce sull'eguaglianza razziale. Dal report comparativo (redatto alla luce dei singoli reports presentati) che si ripropone di evidenziare convergenze e differenze delle singole politiche nazionali, si evincono una serie di dati che possono risultare interessanti per i lavori della Commissione. Ovviamente per questioni di tempo mi limito a fornire una sintesi dei soli dati inerenti alle legislazioni penali.

Innanzitutto in 13 paesi (Belgio, Germania, Danimarca, Estonia, Spagna, Francia, Irlanda, Lituania, Olanda, Portogallo, Romania, Svezia, Regno Unito) la legislazione penale punisce l'incitamento all'odio, alla violenza, alla discriminazione per motivi di orientamento sessuale. Il Governo inglese ha varato, nel maggio del 2008, il *Criminal Justice and Immigration Bill*, con il quale ha esteso la fattispecie penale dell'istigazione all'odio per motivi religiosi, introdotta nel 2006, anche a quelle basate sull'orientamento sessuale.

Al contrario in altri 12 paesi il cd. *hate speech* contro persone Lgbt (persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali) non è penalizzato (Austria, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Grecia, Finlandia, Ungheria, Italia, Polonia, Lettonia, Lussemburgo, Slovacchia). Tuttavia all'interno di questo gruppo di ordinamenti le disposizioni penali in materia sono formulate in maniera tale (spesso si utilizza l'espressione "o un altro gruppo di persone", "o un gruppo comparabile") da poter garantire protezione anche alle persone Lgbt, come avviene nel caso del codice penale di Cipro, della Finlandia, della Repubblica ceca, dell'Ungheria, del Lussemburgo, della Slovacchia.

Solo Austria, Bulgaria, Malta e Italia annoverano disposizioni penali contro l'*hate speech* che presentano una formulazione che non include, né esplicitamente né implicitamente, le persone Lgbt.

Per quanto concerne, più in particolare, l'esistenza di un'aggravante penale per motivi omofobici, i cd. *hate crimes*, dal report comparativo emerge che 10 Paesi membri riconoscono, in vario modo, questo tipo di aggravante (Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Svezia e Regno Unito, Scozia esclusa). Portogallo e Belgio hanno scelto di prevedere tale aggravante solo per alcuni (numerosi) delitti contro la persona, in modo, credo, da non limitare eccessivamente la libertà di manifestazione del pensiero.

Sono 15 invece gli Stati che non ricomprendono la motivazione omofobica tra le circostanze aggravanti (Austria, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Germania, Grecia, Estonia, Italia, Lussemburgo, Irlanda, Lituania, Lettonia, Malta, Slovenia, Slovacchia).

Bisogna distinguere però tra ordinamenti che riconoscono la nozione di *hate crimes*, ma scelgono di non estenderla esplicitamente alla motivazione omofobica (restringendola quindi a crimini commessi con intento razzista o xenofobo), come l'Austria, la Repubblica Ceca, la Germania, Malta, la Slovacchia, la Lettonia) e Stati che non riconoscono *in toto* tale nozione (Italia, Lituania, Slovenia, Cipro, Grecia, Estonia).

Infine per quanto concerne, più nello specifico, il report sul nostro paese si può dire che il dato che maggiormente impressiona è la mancanza di dati statistici utili al fine di valutare l'efficacia e l'impatto delle politiche legislative. Tale mancanza, comune anche alla maggior parte delle altre esperienze, pare essere dovuta in parte al fatto che l'orientamento sessuale è ancora un argomento in emersione, sostanzialmente ignorato dal dibattito pubblico sino all'inizio di questa decade, in parte alle incertezze sulle restrizioni imposte dalle legislazioni sulla protezione dei dati personali alla raccolta dei dati relativi all'orientamento sessuale. In realtà un utilizzo anonimo di dati di questo tipo, finalizzato alla lotta contro le discriminazioni concreterebbe un legittimo interesse pubblico che l'Agenzia non ritiene in alcun modo incompatibile con le legislazioni sulla protezione dei dati personali comunitarie e nazionali. Il report comparativo ribadisce infatti molto chiaramente che le garanzie legislative non pongono ostacoli insormontabili al miglioramento delle attività di monitoraggio identificative di tali discriminazioni.

Il secondo punto da affrontare è rappresentato dal quadro costituzionale di riferimento: occorre cioè affrontare il rapporto tra reati di opinione (le varie forme di vilipendio, propaganda e apologia, l'apologia di delitto, i diversi casi di vilipendio contro la religione e i culti ammessi, la propaganda razzista di cui all'art. 3, prima parte della lett. a, I comma, della legge 654/1975) e la libertà di manifestazione del pensiero. Ben sappiamo che la protezione costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero significa in prima istanza protezione del pensiero anticonformista, "scomodo", controcorrente. Sappiamo altrettanto bene che i limiti impliciti a tale libertà non solo devono essere previsti dalla legge, ma devono trovare fondamento in puntuali interessi costituzionalmente protetti che si contrappongano logicamente alla libertà di manifestazione del pensiero (cfr. Amato G., Barbera A., *Manuale di Diritto pubblico*, Bologna, 1997, 277).

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha, seppure con un argomentare non sempre chiaro e non esente da critiche, eluso il problema dei limiti impliciti all'art. 21 Cost., distinguendo tra azioni che si possono ricondurre nell'alveo della manifestazione del pensiero e azioni che invece ne esulano. A mò di esempio vi ricordo alcune decisioni: in tema di vilipendio, decisione n. 20 del 1974, la Corte sostiene che perché si abbia vilipendio non sarebbe sufficiente «ricusare pubblicamente un qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità cui la manifestazione è diretta sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia», ma occorrerebbe anche che la condotta risultasse idonea ad indurre chi vi assiste «al disprezzo delle istituzioni o, addirittura, ad ingiustificate disobbedienze». Di conseguenza non è la semplice critica a essere incriminata, per quanto severa, ma quella che risulti pericolosa, poiché oggettivamente capace di indurre pubblici disordini o disobbedienze (cfr. Pace A., *La problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 414; cfr. Pace A., Manetti M., *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 2006, 247-261; 276 ss.); in tema di istigazione all'odio fra classi sociali, sentenza n. 108 del 1974, la Corte dichiara l'incostituzionalità della fattispecie per contrasto con l'art. 21 nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per «la pubblica tranquillità»; o in tema di pubblica apologia di reato, sentenze nn. 65 del 1970 e 71 del 1978, la Corte distingue tra legittima critica e pubblica apologia che per le sue modalità sia in grado di integrare un comportamento concretamente idoneo a provocare la violazione delle leggi penali, chiarendo che: «apologia punibile non é quella che si estrinseca in una semplice manifestazione di pensiero, diretta all'esternazione e alla diffusione di dottrine

per inculcare in altri la persuasione della verità di queste e della necessità di attuarle, ma è solo quella apologia che per le modalità con le quali viene compiuta riveste carattere di effettiva pericolosità per l'esistenza di beni costituzionalmente protetti e integri comportamento concretamente idoneo a promuovere la commissione di delitti». Lungo questa linea va anche il riconoscimento di possibili limiti impliciti derivanti dai cd. diritti della personalità che, trovando tutela sulla base del principio personalistico presente nella nostra Costituzione, possono legittimare limiti alla libertà di manifestazione: così dinanzi al diritto di cronaca possono trovare, attraverso la tecnica del bilanciamento (cfr. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001), prevalente tutela i contrapposti diritti alla riservatezza, all'onorabilità (il codice penale punisce i reati di ingiuria e di diffamazione), alla reputazione, alla dignità sociale (tutelata dall'art. 3 Cost.).

Sono poi altrettanto note le perplessità manifestate, tanto dalla dottrina costituzionalistica quanto da quella penalistica, in merito alle espressioni vaghe cui è generalmente affidata l'individuazione della condotta illecita dei reati d'opinione, cioè all'indeterminatezza che è insita in tali fattispecie.

Quello che mi preme invece mettere in luce è un elemento che ritengo sia in questo caso da valorizzare e cioè che le proposte in discussione in Commissione, tanto l'incriminazione di istigazione quanto l'aggravante penale, sono poste a tutela e implementazione dei principi fondamentali sanciti agli articoli 2 e 3 della Costituzione. Gli articoli in questione concorrono in maniera precipua non solo a costituire il carattere peculiare del nostro impianto costituzionale, ma sono anche ritenuti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente, sia principi fondamentali della Costituzione, in grado di orientare i fini fondamentali attribuiti allo Stato, caratterizzando la stessa forma di Stato, sia principi generali capaci di orientare tanto gli indirizzi di legislazione, quanto di avere in sé un'efficacia giuridica interpretativa in particolare nei confronti delle clausole generali (ad es. utilità sociale, fini sociali, ecc.) contenute nel testo costituzionale. A riprova di quanto si è appena sostenuto va considerato che il principio di eguaglianza viene declinato, nelle Costituzioni più recenti (ma anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 21), anche attraverso un'attenta specificazione delle cause di discriminazione, tra cui si annovera l'orientamento sessuale, (si veda la Costituzione del Sudafrica del 1996, considerata da questo punto di vista un esempio particolarmente significativo, che, all'art. 9, vieta tra i motivi di discriminazione oltre alla razza, al genere, al sesso, alla gravidanza, allo status maritale, all'origine etnica o sociale, al colore, all'età, alla disabilità, alla religione, al credo, alla cultura, alla lingua e all'età, anche l'orientamento sessuale).

Se si considera poi che le proposte in discussione non mirano ad introdurre una nuova fattispecie di reato d'opinione, ma esclusivamente da un lato a specificarne i motivi discriminatori, dall'altro e in alternativa, a prevedere un'aggravante penale, ritengo rispondenti al dettato costituzionale gli interventi del tipo prospettato. A maggior ragione ciò è vero se si pone attenzione al dato ineludibile che la promozione dei valori di eguaglianza all'interno della collettività, ex art. 3, Il comma, viene perseguita in maniera e con risultati non così incoraggianti da far propendere per un'eliminazione delle fattispecie repressive penali.

In terzo luogo vorrei spendere, pur non essendo una studiosa di diritto penale, alcune parole sulla formulazione della proposta di testo unificato presentato dall'On. Relatore. Mi sento in particolare di muovere alcune proposte di modifica:

1) l'aggravante proposta ritengo che costituisca più una specificazione dei "motivi abietti" ex art. 61 n. 1 cp., che una nuova circostanza da inserire, tra l'altro, dopo l'11 *bis* (l'aggravante per il reato commesso da un clandestino). Si potrebbe dunque aggiungere un comma denominato 1 *bis*. Se si perseguisse la via di una nuova aggravante 11 *ter* si rischierebbe non solo di creare confusione, ma anche di "ghettizzare" chi è vittima di un

reato a causa del proprio orientamento sessuale insieme a chi è clandestino nel nostro paese. Non credo sarebbe opportuno.

2) Specificherei l'aumento di pena fino alla metà in modo che tale aggravante comune, quindi applicabile a tutti reati previsti dal codice penale e da leggi speciali, sia sottratta anche all'art. 64 cp. (aumento fino ad un terzo) e non solo, come prevede la proposta di testo unificato, al bilanciamento con le circostanze attenuanti ex art. 69 cp.. E' evidente che le due sottrazioni renderebbero tale aggravante non più comune, ma ad effetto speciale, comportando in sostanza una particolare severità sanzionatoria. Tornando però a come è formulata la proposta di testo unificato, che inserirebbe nella sede tipica delle circostanze aggravanti comuni (quelle cioè che producono un aumento della pena fino ad un terzo e sono soggette al bilanciamento ex art. 69) un'aggravante comune, ma non soggetta a bilanciamento, si potrebbe sostenere che essa crei una sorta di disarmonia formale e contenutistica all'interno dell'art. 61 cp.

3) Riformulerei poi l'enunciato linguistico eliminando il riferimento alle finalità, ritenendo il motivo discriminatorio assorbente.

4) Se si ritenesse poi di perseguire la via di una circostanza aggravante penale non comune si potrebbe anche valutare la possibilità, come ha fatto, in vario modo, sia il legislatore portoghese che quello belga, di specificare i delitti contro la persona ai quali potrebbe essere applicabile, in modo da evitare il più possibile limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero.

Per concludere credo sia importante fare una valutazione critica più generale: se si procedesse nella direzione indicata dalla proposta di testo unificato si perverrebbe al risultato di avere un'aggravante che lascia fuori le cause di discriminazione contenute nella l. 205/1993, ovvero «le finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso». Troverei francamente più corretto per ragioni anche di chiarezza, come peraltro ci insegnano gli altri ordinamenti europei che prevedono il reato di *hate speech*, addivenire alla formulazione di un'unica disposizione in materia.

Alla luce delle considerazioni svolte ritengo che la soluzione più opportuna possa essere quella di integrare, aggiungendo la menzione della discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, la circostanza aggravante prevista dalla l. Mancino e la fattispecie dell'istigazione, prevista alla l. n. 654 del 1975, così come emendata dalla stessa Mancino, direzione nella quale vanno del resto le proposte di legge C. 1658 Concia e C. 1882 Di Pietro. A maggior ragione dopo la giusta modifica apportata dalla l. 85/2006 che, come ben sappiamo, ha ulteriormente circoscritto la fattispecie penale punibile alla propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e all'istigazione o alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. In tal modo si costruirebbe un sistema sanzionatorio che va nella direzione di un diritto penale cd. minimo e che risulta chiaro e onnicomprensivo di tutte le discriminazioni vietate dall'art. 3 della Costituzione, poste così tutte sullo stesso piano, prevedendo l'aggravamento delle condotte in cui si sommano più motivi di discriminazione (le cd. discriminazioni multiple).