

"non siamo affatto in dovere di tollerare la minaccia dell'intolleranza; e abbiamo il dovere di non tollerarla, ove la minaccia si faccia seria¹"

Legge contro l'omofobia e la transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?

Un antico adagio irlandese recita che nel desiderare delle cose spesso si corre il rischio di ottenerle.

Appare questa una inevitabile considerazione dopo la lettura del testo di legge sull'omofobia licenziato dalla Commissione giustizia della Camera il 22 luglio 2013.

Il testo normativo che ci viene offerto è di fatto il frutto di un sofferto percorso parlamentare che, caratterizzato da questioni politiche, più che giuridiche, appare oggi, sotto molti aspetti, aver condotto ad un esito deficitario.

L'Italia appariva – ma verrebbe da dire appare - come un quasi del tutto isolato caso di negazionismo dei diritti civili lgbt all'interno del panorama europeo e, come spesso accade, il risultato, il rimedio, la soluzione proposta (se non addirittura sollecitata dagli organismi sovranazionali) non solo non appaga le legittime pretese della comunità lgbt italiana ma si presenta a noi ora come uno strumento monco e tutt'altro che utile. Prima di passare alla disanima del testo di legge in oggetto, appare necessario sviluppare preliminarmente taluni concetti ed esaminare le obiezioni sino ad oggi sollevate al fine di porre tali osservazioni come fondamenta per una costruttiva critica dei contenuti all'attenzione del Parlamento.

1. Dalla legge reale al decreto legge Mancino sino ad arrivare all'attuale riformulazione dell'art. 3 l. 654 del 1975 e successive modificazioni

Come è noto, la legge Reale, dava attuazione alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21 dicembre 1965.

¹ K.R. POPPER, *Tolleranza e responsabilità individuale* in *Saggi sulla Tolleranza*, a cura di S. MENDUS E D. EDWARDS, Milano, 1990, pag. 20

Proposito quest'ultimo esplicitato direttamente nel testo normativo all'art. 3: “*Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione ...*”. L'art. 3 della citata legge Reale era diviso in due lettere contenenti la previsione penale per differenti tipologie di condotta. Alla lettera a) si considerava la penale responsabilità a fronte di una condotta consistente nella diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, diffusione che poteva avvenire in qualsiasi modo. Alla lettera b) si andava a sanzionare chi incita, anche qui “*in qualsiasi modo*”, alla discriminazione o incita a commettere atti di violenza o provocazione alla violenza o diversamente commette atti di violenza o di provocazione alla violenza. L'incitamento e la commissione venivano quindi disciplinati nello stesso capolettera prevedendo una medesima pena. L'articolo di legge prevedeva altresì che fossero vietate quelle organizzazioni o associazioni aventi tra gli scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale, non da ultimo estendendo la sanzione penale a chi partecipasse o prestasse assistenza a tali organizzazioni.

Interessante l'oggetto della tutela, non tanto il singolo quanto le persone in ragione del fatto di appartenere “*ad un gruppo nazionale, etnico o razziale*”.

Il decreto legge 26 aprile 1993 n. 122 conosciuto come decreto legge Mancino, andava a modificare il testo della legge Reale apportando significative modifiche già ravvisabili nell'*incipit* dell'art. 3 ove si legge: “*anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'art. 4 della convenzione*”. Sulla scorta di forti tensioni sociali e di recrudescenti manifestazioni di intolleranza il legislatore decideva quindi di intervenire ampliando l'alveo dentro il quale la legge andava ad operare, modificando inoltre lo stesso *modus agendi* della norma. L'ambito di tutela veniva quindi esteso anche alle ipotesi di discriminazione attinenti la sfera religiosa. La norma poi contiene una ulteriore innovazione consistente nella trasposizione a livello di “*motivi dell'azione criminosa di quel profilo del fatto tipico che in precedenza veniva costruito mediante il riferimento all'offesa rivolta contro persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o*

razziale”². Questa estensione non riguarda di fatto la lett. a) prima parte, ove si punisce con la reclusione sino a tre anni “*chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*”. La seconda parte della lettera riformata considera le condotte di chi incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi. L'estensione della tutela alla sfera religiosa va quindi considerata unicamente in rapporto a questa seconda parte ossia all'incitare o al commettere atti di discriminazione non invece al diffondere idee. Il legislatore pare quindi aver posto una linea di discriminazione distinguendo la diffusione di idee dall'incitazione a commettere o il commettere direttamente atti di discriminazione. Tale linea di discriminazione non può essere diversamente individuata se non nel principio di tutela della libera manifestazione del pensiero. La scelta di incriminare la mera diffusione di idee ispirate ad una finalità di tipo razziale era risultata obbligata in quanto espressamente richiamata dalla Convenzione del 1965. Pare quindi che il legislatore del 1993 non avesse voluto estendere il limite operativo espresso dalla Convenzione per la parte relativa alla diffusione di idee, andando invece a colpire quelle forme di azione contenenti un *quid pluris* oltre al mero pensiero ossia la commissione (o l'incitamento a commettere)³. Agli occhi del giurista appare quindi inevitabile uno scontro tra due diversi orientamenti: da una parte riconoscere massima estensione e nessuna contrazione al diritto di libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., dall'altra teorizzare un bilanciamento di tale libertà con altri interessi potenzialmente confliggenti e che non necessariamente debbono soccombere⁴.

Si possono quindi isolare tre tipologie di condotta: 1. la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico; 2. l'incitamento a commettere atti di discriminazione; 3. il commettere atti di discriminazione (questi due ultimi comportamenti dettati da motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi). L'art.

² Cfr. in tal senso G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993 n. 122*, in *L. P. 1993* pag. 176

³ Ricorda però A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè, 1971, pag. 116 che “*la prima libertà è quella non solo di esprimere le proprie idee, ma di cercare in ogni modo di divulgarle; di convincere chi non le divide*”. Ed ancora C. FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, 1972, pag. 127 quando afferma: “*in una società democratica, la libertà di manifestazione del pensiero va concepita soprattutto in funzione delle scelte pratiche dell'azione e, quindi, come libertà di discussione e di propaganda, di contestazione, di denuncia; come garanzia contro la mistificazione, il dogmatismo e il conformismo acritico*”.

⁴ Su quest'ultimo punto, ossia il conflitto tra reati di opinioni e art. 21 Cost. vds il par. 3

1 della l. 205/1993 alla lett. b) considera ulteriori 2 condotte e precipuamente: l'incitare a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza e il commettere violenza o atti di provocazione alla violenza (anche in questo caso per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi).

Appare *ictu oculi* evidente come la normativa del 1993 sia di fatto più ampia⁵ nell'esame delle condotte penalmente rilevanti rispetto alla precedente legge Reale. La stessa *ratio legis* è diversa⁶ in quanto i contenuti della l. 654/1975 non erano rivolti a colpire direttamente le manifestazioni individuali mosse da intenti discriminatori. L'obiettivo della norma era andare ad evitare che si producessero conseguenze sul piano sociale a seguito delle azioni di istigazione alla discriminazione razziale. Non veniva quindi tutelata la dignità umana violata nel contesto di un rapporto discriminatorio generatosi nei confronti di una persona, quanto piuttosto veniva posto un argine al fine di evitare che in un contesto più grande – un gruppo per l'appunto – vi fosse l'adesione in forma diffusa a dei contenuti razzisti da cui potesse derivare un concreto turbamento per la coesistenza pacifica ed ordinata tra gruppi nazionali o etnici astrattamente antagonistici. Ciò avrebbe quindi di riflesso comportato un pericolo per l'ordine pubblico e conseguentemente avrebbe minato la stabilità dei rapporti sociali e politici.

Diversamente la disciplina del decreto legge Mancino ove vengono espressamente contemplati e puniti anche singoli atti discriminatori nell'*iter vitae* degli stessi. La tutela infatti si sviluppa in forma preventiva, colpendo le attività di incitamento ed evitando così la propagazione a livello sociale di pratiche discriminatorie ma anche repressiva nei confronti di chi pone in essere comportamenti discriminatori⁷.

Il testo licenziato dalla Commissione Giustizia, con le modifiche introdotte dall'emendamento 1.500 dei relatori ed approvato nella seduta del 22 luglio 2013 altro non fa che inserire alle lett. a) e b) dell'art. 3 della legge Reale (in verità senza indicare ove inserirle), le parole “*o fondati sull'omofobia o transfobia*”.

⁵ Ampiezza che verrà ulteriormente sottolineata attraverso l'introduzione ad opera dell'art. 18 bis della legge 482 del 1999 “*Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche*”. Questa operazione ha permesso di estendere l'applicazione dell'articolo 3 della legge Reale “*anche ai fini di prevenzione e di repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza nei confronti degli appartenenti alle minoranze linguistiche*”

⁶ Si rimanda in questo senso alle acute osservazioni formulate da R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in *Rev. in. dr. pén.* 1986, pag. 55.

⁷ In tal senso G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, pag. 181.

Altresì al comma 3 dell'art. 3 vanno inserite, dopo “religiosi” le parole “*o fondati sull'omofobia o transfobia*”⁸.

Silenzio assordante viene dal non aver esteso l'ambito applicativo dell'aggravante prevista dal decreto Mancino.

Due considerazioni a margine: se è vero che i reati di opinione o, per usare una terminologia più attuale e centrata, gli hate crimes⁹, rappresentano una difficile convivenza con il principio costituzionale della libera manifestazione del pensiero¹⁰ altrettanto vero è che attorno all'argomento si è sviluppata una ipocrisia dialettica di fondo a dir poco imbarazzante. Non si rinviene infatti in alcun lavoro parlamentare del tempo, avente ad oggetto la discussione attorno al concetto di razzismo per motivi razziali, nazionali, etnici, religiosi o linguistici (ed il riferimento è sia alla legge Reale, quanto al decreto legge Mancino), una politica del diritto a tal punto demistificatoria ed una azione avversativa così esasperata come nel caso della introduzione di una legge contro l'omofobia e la transfobia.

2. *Le “intime ragioni” dell'avversione*

*“Se si accetta l'omosessualità come un diritto, com'è sostenuto dall'associazione dei sodomiti e dei pervertiti sessuali, quale tipo di argomento morale dovrebbe avere la società di oggi per negare a gruppi organizzati di drogati, o anche di coloro che si danno alla bestialità, i diritti rivendicati e sussunti in nome della libertà individuale e dei diritti umani inclusa la libertà di scrivere, pubblicare e pubblicizzare la loro letteratura di settore”*¹¹.

⁸ Il testo è reperibile all'indirizzo internet: <http://www.retelenford.it/node/912>

⁹ Per un approfondimento sugli hate crimes si veda il paragrafo 3 del presente contributo.

¹⁰ Cfr in tal senso L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. del dir.*, 1994, pag. 14 ove si afferma che “*il ruolo della legge penale non è mai esclusivamente quello di punire fatti che si ritengono offensivi di interessi giudicati meritevoli di tutela e che quindi si vogliono salvaguardare da attacchi ed offese: a questo scopo primario si aggiunge sempre quello di veicolare messaggi [...] A volte però la finalità secondaria soverchia quella principale ...*”. In tal senso, continua l'Autore, “*si passa da una forte affermazione di principio di fronte alla incapacità di contrastare un fenomeno socio criminale, alla volontà di manifestare una presa di posizione netta su di un problema di particolare contenuto ideologico e di pregnante significazione politica. Per un verso si esorcizza un problema che non si riesce a governare, per un altro si dichiara la propria inequivocabile scelta per fugare da sé ogni sospetto*”

¹¹ Tratto dal discorso ufficiale tenuto dal Presidente dello Zimbabwe Robert Mugabe nel 1995 alla Fiera internazionale del Libro ad Harare. Va ricordato che le organizzazioni per i diritti umani denunciano da anni i reati di cui si sarebbe macchiato Mugabe: la persecuzione e la tortura degli avversari politici e delle minoranze, le violenze sistematiche,

“La disposizione¹² viola il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione con riferimento al canone della ragionevolezza in quanto: l'inserimento tra le circostanze aggravanti comuni previste dall'articolo 61 del codice penale della circostanza di aver commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento sessuale ricomprende qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera”¹³.

“Non è in gioco, infatti, soltanto la libertà di esprimere giudizi critici sulle pratiche omosessuali, bensì, più radicalmente, la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili¹⁴”.

Sono stati qui proposti tre interventi provenienti da tre diversi soggetti. Filo conduttore del ragionamento è l'equiparazione, o se preferiamo l'aver posto sullo stesso piano, omosessualità e condotte deviate, in una logica dialettica volutamente mistificatoria. Delle due l'una infatti: o non vi è consapevolezza cognitivo-argomentativa circa la differenza intercorrente tra tali distinte e ben diverse realtà, o diversamente si intende svolgere una scorretta operazione dialettica inoculando erronee definizioni in uno sprovvveduto ascoltatore. Il tentativo di riproporre l'equazione omosessualità – malattia – devianza, è, di per sé, culturalmente imbarazzante e scientificamente inaccettabile¹⁵. Significa deliberatamente e consapevolmente

l'esproprio forzato dei beni e dei possedimenti terrieri, i brogli elettorali e l'appropriazione a scopo personale degli aiuti internazionali alle popolazioni del paese. Tratto da M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, 2007, pag. 4.

¹² Il riferimento è alla modifica all'articolo 61 del codice penale, concernente l'introduzione della circostanza aggravante relativa all'orientamento o alla discriminazione sessuale avanzata nelle proposte di legge n. 1658 e 1882 della XVI legislatura.

¹³ Questione pregiudiziale di costituzionalità avanzata dagli on.li Vietti, Buttiglione, Rao, Capitanio Santolini, Volontè, Ciccanti, Compagnon, Naro in relazione al testo unificato delle proposte di legge n. 1658 e 1882, recante l'introduzione nel codice penale della circostanza aggravante inerente all'orientamento o alla discriminazione sessuale.

¹⁴ La dichiarazione è di Mauro Ronco, Professore ordinario di diritto penale presso l'università di Padova ed è reperibile in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-legge-contro-lomofobia-e-una-violazione-della-libertà-6835.htm>

¹⁵ Cfr P. RIGLIANO, *Osservazioni critiche sulla voce “omosessualità e omofobia” del Lexicon a cura del Pontificio consiglio per la famiglia*, in *Bioetica*, 2005, pag. 93 il quale afferma: “rivelà, soprattutto, un'ignoranza sconcertante, contraria a tutte le acquisizioni degli ultimi decenni, non degli ultimi anni...”

propinare informazioni errate utilizzando forme di omonegatività culturali, linguistiche, sociologiche¹⁶. Di contro però si assiste ancora oggi ad affermazioni, pronunciate persino nelle più alte Aule delle Istituzioni da parte del mondo politico o accademico, dove la proposizione di teoremi equiparativi quali, per esempio, omosessualità/pedofilia o omosessualità/necrofilia (prospettati nelle tesi sopra riportate) richiama teorie da tempo abbandonate dalla comunità scientifica mondiale¹⁷, per rifarsi ad approcci tematici da tempo confutati. Appare infatti possibile, dalla manica la proposizione delle argomentazioni prospettate, evincere una distinzione tra “noi” e “loro”, ossia tra uno stile di vita eterosessuale ed una aberrazione, un errore, un “crash” del sistema, rappresentato dall'omosessualità. E' di tutta evidenza che la tassonomia di cui sopra, è arbitraria, non esistendo al di là di chi la propugna ed essendo questa un puro prodotto artificiale di una necessità: costruire gerarchie, indicare priorità, esprimere bisogni¹⁸. Nella caratterizzazione sessuale la differenziazione che ci viene oggi prospettata è tra eterosessuale ed omosessuale, una classificazione che, come è stato detto¹⁹, può apparire scontata ma tale non è. Basta infatti ricordare come, prima che la psichiatria venisse fondata nel XIX secolo, non esisteva tale caratterizzazione, qualificando come peccatore chi commetteva atti, secondo una espressione tautologica, contro natura²⁰. Proprio in questa espressione si cela quella che, nella storia del diritto, rappresenta la cifra di una persecuzione sociale ai danni della comunità lgbt. All'omosessualità viene imputato di violare la legge naturale²¹ e specificamente quindi di non essere orientata alla procreazione. Il punto è pertanto capire cosa si intenda per “natura”, parola di per sé

¹⁶ Sicuramente non serve ricordare come la American Psychiatric Association (Apa) nel 1973 operò la cancellazione della voce omosessualità dall'elenco della patologie psichiatriche incluse nel *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* nella sua forma di omosessualità definita ego-sintonica (con questa definizione si fa riferimento alla condizione dell'omosessuale che accetta la propria tendenza e la vive con serenità), per giungere infine ad una definitiva cancellazione (1994) della voce anche nella sua definizione di omosessualità ego-distonica (in funzione della quale si ritiene che la persona omosessuale non si accetti come tale e pertanto potesse essere sottoposta a trattamenti). Altrettanto non dovrebbe servire il richiamo alla data del 17 maggio 1990 giorno in cui l'Organizzazione Mondiale della Sanità cancellava dall'elenco delle malattie mentali l'omosessualità definendola come variante naturale del comportamento umano.

¹⁷ Il riferimento è al DSM II del 1968 ove l'omosessualità era classificata come “deviazione sessuale” insieme a pedofilia, necrofilia, feticismo, transessualismo.

¹⁸ M. GRAGLIA, *Omosessualità, strumenti di analisi e di intervento*, Carocci Faber, 2012, pag. 52.

¹⁹ M. GRAGLIA, *op. cit.*, pag. 53.

²⁰ A tal proposito si rimanda all'interessante analisi di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, 1976.

²¹ M. GRAGLIA, *op. cit.*, pag. 65.

polisemica e pertanto prodotto culturale di tempi, modi, contaminazioni culturali. Correlato a questo problema vi è il richiamo a quella necessaria caratterizzazione manichea di cui tanto sembra non si possa fare a meno e pertanto l'individuazione di un polo opposto a quella della “natura” cioè il “contro natura” ove collocare tutto ciò che minacci il sistema²². Quest'ultimo è frutto di mera intuizione; si assume come criterio di verità una evidenza figlia di un sistema arbitrario e metafisico che sfocia, inevitabilmente, in proposizioni dogmatiche ed autoritarie. Comportarsi contro natura è quindi violare un preceppo dogmatico, autoritario, che si incarna in una legge morale. E così alle “*parole natura, ordine della natura, legge naturale, diritto naturale, causalità inflessibile, leggi imprescrittibili*²³” seguono affermazioni sul “*modo di riformare la vita pubblica*”. Parafrasando Bobbio²⁴, è questo l'errore ultimo ed il controsenso più intimo del giusnaturalismo: la valutazione che un aspetto sia da considerarsi naturale dovrebbe dipendere dall'osservazione di un dato di fatto, diversamente permettere o condannare è un giudizio di valore. Si tratta di insiemi non comunicanti, essendo impossibile che da un giudizio di fatto si traggia un giudizio di valore²⁵. Un primo stop a questo medievalistico modo di pensare lo si coglie anzitutto nella giurisprudenza. Nel Caso Lawrence contro Texas²⁶ la Corte Suprema americana ha affermato che le leggi antisodomia “*non fanno altro che proibire un particolare atto sessuale. Le sanzioni e i fini che si prefiggono però hanno conseguenze ben maggiori perché influiscono sulla condotta umana più privata*”. In Europa la Corte europea dei diritti umani nel 1981 aveva preso in esame nel caso Dudgeon il problema della compatibilità delle norme penali in materia di rapporti omosessuali rispetto all'art. 8 CEDU

²² Esemplificazione evidente la si può cogliere in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-discriminazione-dei-gay-a-volte-si-deve-7000.htm>

²³ B. LATOUR, *Politiche della natura*, Raffaello Cortina, 2000, p. 23.

²⁴ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, 1965.

²⁵ Il concetto di orientamento sessuale secondo natura, ancorato all'argomento procreazione, ha quindi costituito la base per discriminare la omosessualità anche dal punto legislativo, basti in tal senso ricordare l'applicazione del paragrafo 175 del codice penale tedesco introdotta da Bismarck nel 1871 ed in vigore sino al 1969, ove si definivano gli atti tra uomini come licenziosi e lascivi, per proseguire al paragrafo 175 b come atti contro natura (a cui si parificava la bestialità). Se di fatto con l'Illuminismo si era diffusa l'idea che non fosse ammissibile per legge punire reati senza vittima (e si pensi quindi all'eresia, alla stregoneria, alla sodomia) solo con il 1961 si iniziò a vedere una sistematica abolizione delle leggi antisodomia (Cfr. M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, Il Saggiatore, 2011, pag. 42.)

²⁶ Corte suprema degli Stati Uniti, *Lawrence J.G. e Garner T. c Texas*, [sentenza del 26 giugno 2003](#)

concludendo che non esistono ragioni in grado di giustificare il permanere all'interno dei codici penali degli Stati firmatari della CEDU, del reato di rapporto omosessuale. La stessa Unione Europea operava importanti passi richiedendo nel 2008 all'Assemblea generale delle Nazioni Unite l'approvazione di “*una risoluzione volta a depenalizzare universalmente il reato di sodomia*”²⁷. Si auspicava altresì che “*l'orientamento sessuale o l'identità di genere non possano essere, in nessuna circostanza, la base per l'attuazione di pene criminali, in particolare di esecuzioni, arresti o detenzioni*”²⁸. Il progetto trovava nella Santa Sede un vigoroso oppositore tanto che naufragava in una Dichiarazione approvata da sessantasei Stati. All'argomento scientifico si contrappone quindi lo spauracchio argomentativo privo di sostegno scientifico. Si opera una mistificazione concettuale volta ad incutere paure. Ed ecco quindi quegli slogan politici, che di scientifico – giuridico nulla hanno, che pongono, per esempio, su medesimi piani di analisi, l'omosessualità e la pedofilia. Le tre dichiarazioni riprodotte in incipit del paragrafo quindi contengono errori di non poco conto.

Errata infatti è l'affermazione per la quale l'omosessualità è una pratica sessuale, parificandola quindi “*alle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità*”, ed inaccettabile l'affermazione che l'orientamento sessuale si pone sullo stesso piano di “*incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo*”, equiparandolo a dei reati. Orientamento sessuale, va ricordato, è “*espressione con cui si descrive a livello di attrazione e/o di condotta la direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene*”²⁹.

Argomentazioni di questo tenore, accompagnate spesso da “*numerose esternazioni provenienti da esponenti del mondo politico ed istituzionale nonché religioso rendono conto del clima culturale in cui l'omosofobia cresce e si alimenta*”³⁰.

²⁷ cfr M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *op. cit.*, pag. 54 ss.

²⁸ cfr M.M. WINKLER, G. STRAZIO *loc. ult. cit.*

²⁹ E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, in *Ed. Scient. Ital.*, 2011, pag. 7.

³⁰ L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparativi*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, pag. 3

3. Omofobia, problema definitorio o stile di vita radicato?

Nel gennaio 2006 veniva adottata la Risoluzione sull'omofobia in Europa³¹ definendola quale “una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio ed analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo³²”. Al considerando B si legge che l'omofobia “si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggianti all'odio e l'istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l'omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti, spesso nascoste dietro motivazioni di ordine pubblico e di libertà religiosa”. Emergono punti di indubbio interesse. Anzitutto la considerazione che l'omofobia è fenomeno analogo al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo ed al sessismo. Questo fornisce un primo spunto di riflessione proprio in relazione ai contenuti del decreto legge Mancino ed alla opportunità di estensione degli stessi ai casi di omofobia. Secondo spunto ci viene dalla esemplificazione operata nel testo per individuare le manifestazioni omofobiche e proprio le prime due tipicizzazioni rieccheggiano i contenuti della legge Reale e del decreto legge Mancino. Terzo passaggio da cui il Parlamento europeo ci mette in guardia è che tali manifestazioni di odio, che operano sia sul piano verbale quanto su quello fattuale attraverso la violenza fisica che giunge sino alle massime conseguenze, spesso si nascondono dietro motivazioni di ordine pubblico e di libertà religiosa³³. Sia il Regno Unito, quanto gli Stati

³¹ Il testo è consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B6-2006-0025&format=XML&language=IT>

³² Si veda altresì Risoluzione del 24 maggio 2012 all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0222+0+DOC+XML+V0//IT> nonché le precedenti risoluzioni sull'omofobia, in particolare 26 aprile 2007 sull'omofobia in Europa <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0167+0+DOC+XML+V0//IT>; risoluzione 15 giugno 2006 sull'intensificarsi della violenza razzista e omofoba in Europa <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0273+0+DOC+XML+V0//IT>

³³ Anche in questo caso troviamo un esempio in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-contrario-alle-nozze-gay-andrai-in-galera-6933.htm> dove non solo si falsano apertamente i contenuti della legge in esame ma si sorreggono altresì proposizioni false con immagini evocative (le braccia di un detenuto dietro le sbarre nella foto a supporto dell'editoriale).

Uniti d'America hanno preso da tempo consapevolezza di queste forme di violenza verbale e fisica isolando una macrocategoria definitoria: i c.d. hate crimes³⁴ ossia quei crimini commessi nei confronti di soggetti in ragione della loro appartenenza ad un gruppo sociale identificato sulla base della razza, della etnia, della religione, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere. All'interno di questa categoria si individuano poi gli hate speech.

Senza dubbio gli hate crimes sono per antonomasia i crimini di odio razziale ma è proprio sull'attuale significato di razzismo che si dovrebbe ragionare sulla scorta che “*razzismo ed omofobia sembrano correre su binari paralleli*”³⁵, chiedendosi se esso vada limitato ad una nozione che indichi unicamente l'esistenza di razze diverse considerando tra queste alcune come inferiori ed altre come superiori o se non si debba invece accogliere un ben diverso significato in forza del quale emerge che il razzismo oggi non si fonda più su argomenti concernenti la presunta disuguaglianza biologica tra le razze quanto su formulazioni simboliche³⁶, sfuggendo così a stigmatizzazioni sociali e alla stessa legge antirazziale. In questa nuova versione il razzismo sembra adattarsi alla cultura pluralista, in ossequio al principio di differenziazione ma giungendo inequivocabilmente ad escludere ed emarginare il “*diverso*”³⁷. E' proprio l'accoglimento di una lettura evolutiva del razzismo che ha portato il Parlamento europeo a definire l'omofobia una “*avversione irrazionale analoga al razzismo*”. Ecco quindi l'esigenza di sollecitare i singoli Stati a munirsi di una normazione che tuteli i singoli dalle aggressioni omofobiche. Ed è proprio qui che lo sguardo sull'Italia si fa impietoso mettendo in luce situazioni di criticità indegne della Patria del diritto. Appare necessario ricordare a tal proposito come nella mappa pubblicata da Ilga Europe sia indicata una scala di protezione che procede da – 7 (situazione di grave compromissione dei diritti umani rispetto alle persone lgbt) sino ad un massimo di protezione pari a 17. L'Italia si colloca a livello 0³⁸. In uno studio ancor più recente, prendendo

³⁴ Cfr. L. GOISIS, *op. cit.*, pag. 2.

³⁵ M.M. WINKLER G. STRAZIO, *op. cit.*, pag. 113.

³⁶ Cfr in questo senso le teorie prospettate da M. WIEVIORKA, *Il razzismo*, LaTerza, 2000.

³⁷ L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. Mer.*, 2006, fasc. 9, pag. 1962.

³⁸ M. CHIULLI, *Out. La discriminazione degli omosessuali*, Ed. Internazionali riuniti, 2012, p. 62.

in esame una scala percentuale su base 100, l'Italia è stata ritenuta attenta alla tutela dei diritti umani delle persone lgbt in una percentuale del 19%; con percentuali inferiori si hanno: la Bulgaria, la Turchia, il Kosovo, la Macedonia l'Ucraina, la Moldavia, l'Azerbaijan, l'Armenia, la Russia³⁹.

Siamo quindi di fronte ad una emergenza circa i diritti civili a cui si è cercato di dare risposta attraverso l'introduzione anche in Italia di una normazione contro questo specifico hate crime. Ad avversare questo più che legittimo intendimento⁴⁰ della comunità lgbt si è posta quella parte del mondo politico cattolico che, forte di una identificazione e di una connotazione religiosa (e pertanto tutelata dal decreto legge Mancino), ha opposto una strenua e spesso politicamente scorretta, sicuramente per quanto riguarda i contenuti giuridici, opposizione. Si è così assistito in Italia all'esplicarsi del fenomeno della omonegatività istituzionale⁴¹, generando quella che di fatto è una discriminazione normativa diretta ed indiretta⁴². Quella già richiamata contrapposizione tra un “noi” ed un “loro”, sottoposta a “distorsioni sistematiche⁴³”, non solo porta a percepire i “*membri degli altri gruppi come un insieme indifferenziato di soggetti tutti eguali, negandone così l'individualità*” ma arriva ad una esasperazione concettuale tale da ritenere il “noi” un depositario pressoché assoluto di ogni qualsivoglia ragione giuridica e sociologica, auto-legittimato a negare in nome di medievalistiche concezioni, diritti di cui quello stesso gruppo si fa forte. E' questo l'assurdo in

³⁹ Il documento è reperibile sul sito <http://www.ilga-europe.org>. Non si può non notare con rammarico come l'Italia, Paese fondatore dell'Unione Europea sia assolutamente avulso dal contesto giuridico europeo in relazione alle norme a tutela della comunità lgbt, basti in tal senso citare le percentuali riconosciute agli altri Stati: Portogallo e Spagna 65%, Francia 64%, Germania 54%, Svezia 65%, Norvegia 66%, Regno Unito 77%.

⁴⁰ L'ultimo rapporto completo disponibile richiama casi di cronaca: si ritrovano 24 aggressioni, 2 omicidi, circa 10 episodi di estorsioni e rapine, 5 episodi di bullismo, diversi atti di vandalismo e inqualificabili, numerosi divieti. L'elenco completo è reperibile all'indirizzo <http://www.arcigay.it/36175/arcigay-report-omofobia-in-italia-2011/> a cura di S. BOLOGNINI. Questa ricerca difetta comunque ontologicamente del fatto che, correlato al *gay – bashing* vi è il problema del cono d'ombra dato alle violenze (fisiche e verbali) mai denunciate per timore dello *strepitus fori* o, cosa ben più grave, per la convinzione della vittima di non aver subito alcun reato (per un richiamo alle cifre ed alle statistiche relative a questo fenomeno cfr L. GOISIS, *op. cit.*, pag. 7).

⁴¹ Cfr. M. GRAGLIA, *op. cit.*, pag. 35.

⁴² “*Si ha una discriminazione diretta quando a parità di situazione una persona è trattata meno favorevolmente a causa di alcune sue caratteristiche, come il genere o l'orientamento sessuale. Una forma di discriminazione diretta è l'affievolimento del diritto. La discriminazione indiretta si determina quando una norma, un criterio o un parametro apparentemente neutri mettono in una situazione di svantaggio una categoria di persone (come nel caso dei viaggi premio durante i quali i dipendenti possono farsi accompagnare dai coniugi)*” in M. GRAGLIA, *op. cit.*, pag. 36.

⁴³ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>

fondo della identificazione e dell'appartenenza, il non notare che quella specificazione in ragione della quale esiste una tutela rafforzata non è patrimonio disponibile e individuale ma strumento di difesa generale. Un cattolico gode della tutela della legge Mancino in quanto appartenente ad una confessione religiosa (non in quanto cattolico, altrimenti un ebreo, un musulmano si vedrebbero privati della medesima tutela). Questa tutela si giustifica in primis in forza dell'art. 3 della Cost. che riconosce gli individui eguali innanzi alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Ebbene dell'art. 3 Cost. non si può fare scudo per vantare privilegi e spada per negare gli stessi privilegi ad altri gruppi che hanno il medesimo diritto di godere della tutela del decreto legge Mancino. L'ipocrisia giuridica di fondo si annida in questo passaggio e nelle argomentazioni che lo sorreggono.

4. Argomentazioni avversative di una legge contro l'omofobia

Come ha con chiarezza e perfetto acume messo in luce la migliore dottrina⁴⁴, “il problema di una tutela penale rafforzata di omosessuali e transessuali contro atti di violenza o di discriminazione ruota intorno a due poli”. Il primo di questi due poli è dato dalla maggiore vulnerabilità dei soggetti appartenenti alla comunità lgbt⁴⁵. “Si tratta di atteggiamenti culturali tanto risalenti quanto difficili da estirpare”⁴⁶ che, stando al Rapporto Italia 2010 dell'Eurispes⁴⁷, sono collocati principalmente a livello istituzionale. Ulteriore polo della questione è il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero.

Prendendo in esame le obiezioni sollevate contro una legge che punisca l'omofobia si incappa

⁴⁴ Cfr. in tal senso il fondamentale contributo fornito da E. DOLCINI, *Omosofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2011, p. 24.

⁴⁵ Giova ricordare che dal gennaio 2006 all'agosto 2010 gli episodi riportati sono stati 308: 37 omicidi, 194 violenze ed aggressioni cfr in tal senso I. COTRONEO, *Un bacio*, Bompiani, 2010, pag. 90.

⁴⁶ E. DOLCINI, *op. cit.*, pag. 24 – 25 dove richiama le dichiarazioni del Vicario del Tribunale ecclesiastico della Liguria (omosessualità come problema superabile attraverso la psicoterapia), del Cardinale Tarcisio Bertone (il quale affermava l'esistenza di una relazione tra omosessualità e pedofilia, ovviamente negando ogni qualsiasi correlazione tra celibato e pedofilia nonostante lo scandolo pedofilia avesse colpito i vertici del clero dell'America del Nord e dell'Europa portando addirittura due cardinali elettori a non poter presenziare al conclave che avrebbe elevato al soglio pontificio il card. Bergoglio); ed ancora il prof. Dolcini ricorda le dichiarazioni dell'allora presidente del Consiglio dei Ministri, Silvio Berlusconi (meglio essere appassionati di belle ragazze che gay) o dell'ex consigliere regionale della Lombardia, Renzo Bossi (nella vita bisogna provare tutto tranne la droga e i culattoni). Per i riferimenti documentali si guardi E. DOLCINI, *op. cit.* note 2, 3, 4, 5, 6.

⁴⁷ Secondo il rapporto infatti la maggior parte degli italiani è favorevole al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, evidenziando per l'appunto come l'omonegatività si collochi a livello anzitutto istituzionale, esemplificando quello scollamento con il reale di cui la politica italiana offre un chiaro esempio.

nell'argomentazione che una tutela penale privilegiata di categorie di soggetti individuate in ragione del loro orientamento sessuale genererebbe una discriminazione alla rovescia⁴⁸. A tutt'oggi nessuna delle persone che sostengono tale tesi è riuscita a motivare perché è accettabile una tutela penale privilegiata di categorie di soggetti individuate in ragione della loro confessione religiosa ma non per l'orientamento sessuale. A prescindere da quest'ultima, personale, considerazione va fatto notare che questa fantomatica discriminazione alla rovescia si realizzerebbe violando il principio costituzionale di egualianza – ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Orbene, il dettato costituzionale citato, invero, non si oppone a qualsiasi discriminazione normativa ma alle sole discriminazioni irragionevoli⁴⁹. Che le persone lgbt siano oggetto di violenze gravi e frequenti, motivate, vero nocciolo del problema, da una avversione ignorante nei confronti del loro orientamento sessuale, è dato empiricamente assodato e statisticamente acquisito. La comunità scientifica parla in questo senso di identità resistenziale, che nasce da persone che, minoranza religiosa o sessuale o razziale, sono in una posizione di trincea per la resistenza e per la sopravvivenza di principi diversi da quelli che informano la *cultura egemone*⁵⁰. “*Alla luce di questo dato, una normativa penale che assicuri a omosessuali e transessuali una tutela più intensa di quella offerta alla generalità dei cittadini risulta perfettamente compatibile con il principio di egualianza – ragionevolezza*⁵¹”.

E' stato, piuttosto demagogicamente, sostenuto e tra l'altro in maniera alquanto sprovveduta⁵², che una legge contro l'omofobia diveniva discriminante rispetto ad altre categorie di persone quali per esempio gli anziani ed i disabili. Sicuramente sfuggiva ai propugnatori di questa tesi che il nostro ordinamento ha già

⁴⁸ Cfr. dichiarazione On. VIETTI in Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione n. 259, 9 dicembre 2009, norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, AC 2802 e AC 2807, p. 50.

⁴⁹ Sempre E. DOLCINI, *op. cit.*, pag. 26.

⁵⁰ V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, 2007, pag. 27.

⁵¹ E. DOLCINI, *loc. ult. cit.*

⁵² Sempre On. Vietti in Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione n. 259, 9 dicembre 2009, norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, AC 2802 e AC 2807, “... non possiamo creare una legge monca. La Convenzione di Lisbona ci chiede di tener conto di altre categorie di soggetti a rischio: degli anziani, cioè della discriminante dell'età, dei malati, cioè della discriminante della salute, dei disabili, cioè della discriminante di chi non è egualmente abile.”

provveduto da tempo per una tutela rafforzata di questi soggetti e che in tale circostanza nessuno si sognò lontanamente di proporre una pregiudiziale di costituzionalità. I riferimenti normativi sono ben noti: art. 625 comma 1. nn. 8 bis e 8 ter c.p., 628 comma 3 nn. 3 ter e 3 quater c.p., aggravante comune sub art. 61 n. 5 c.p., o ancora l. n 104 el 1992 art. 36 ove si introduce una circostanza aggravante per taluni reati commessi a danno dei disabili (anche questa riformata con la l. 94 del 2009).

In seno alla discussione sull'opportunità di munire lo Stato italiano di una legge contro l'omofobia, al pari degli altri Stati europei, non si è discusso – né nei disegni di legge precedenti né in corso d'opera sul disegno attualmente in esame – dell'opportunità di riconsiderare il decreto legge Mancino in relazione a tutte le ipotesi ivi contemplate: razza, nazione, etnia, confessione religiosa, lingua, né si è sollevata una pregiudiziale di costituzionalità nelle specifiche leggi, in merito alla introduzione di una tutela penale rafforzata in relazione a certi tipi di reati che vedevano come soggetti passivi anziani o disabili. Di contro, unicamente e solo per l'ipotesi di introdurre una legge contro l'omofobia, si sono utilizzate argomentazioni puramente di facciata ma che celavano l'intima ragione dell'avversione: credere che l'omosessualità sia contro natura. Appare quindi precisa, puntuale e assolutamente chirurgica l'osservazione⁵³ per la quale *“contro qualsiasi legge di contrasto all'omofobia militano, in politica, una serie di fattori concorrenti, che pesano come macigni: il calcolo di chi è disposto a pagare qualsiasi prezzo pur di assicurarsi il sostegno della Chiesa cattolica; la becera ostilità alla legge di chi, dall'alto di un seggio in Parlamento, o addirittura dai banchi del Governo addita al pubblico disprezzo gli omosessuali; il fanatismo ideologico dei paladini della “natura” e del solo “amore secondo natura”.*

Ulteriore, falsa, argomentazione, fornita per opporsi all'introduzione di una legge contro l'omofobia⁵⁴: il mancato rispetto del principio di tassatività in ragione dell'utilizzo dell'espressione “orientamento sessuale”.

Stando a questa teorizzazione: *“se si ammette che è aggravato il fatto commesso per finalità inerenti*

⁵³ E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, pag. 1395.

⁵⁴ Ancora On. Vietti in Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione n. 259, 9 dicembre 2009, norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, AC 2802 e AC 2807, pag. 7

all'orientamento sessuale, se il mio orientamento sessuale di vittima è quello eterosessuale io cado egualmente nella previsione di tale fattispecie, tanto quanto ci cade l'omosessuale, o il pedofilo, o il sadico, o il necrofilo e così via.⁵⁵” Passaggio imbarazzante dal punto di vista scientifico (e non ci si capacita del fatto visto la levatura del relatore) e cartina tornasole di un evidente preconcetto. Le ragioni sono già state illustrate in precedenza e qua vengono solo richiamate: esiste una equiparazione tra omosessuale e pedofilo o necrofilo (quindi tra orientamento sessuale e reato) o tra omosessuale e sadico (quindi con una pratica sessuale propria anche degli eterosessuali).

Correttamente è stato osservato come “*esiste già un decreto legislativo⁵⁶ che sanziona penalmente i comportamenti dei datori di lavoro che ispirano la loro azione a discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale⁵⁷*”. Va fatto notare come l'art. 10 del d. lgs. 276/2003 espressamente citi sesso e orientamento sessuale considerando quindi i due concetti come ben distinti. In questa ipotesi la violazione dell'art. 10 è punita ai sensi dell'art. 18 che richiama quanto sub art. 38 Statuto dei lavoratori ove si va a comminare la pena dell'arresto e dell'ammenda. Ci si chiede quindi come mai non sia stata sollevata per l'art. 10 del d. lgs. 276/2003, in riferimento all'espressione “orientamento sessuale”, una problematica circa il principio di tassatività pari a quella che ha caratterizzato la discussione sulla legge contro l'omofobia in relazione alla medesima espressione.

E' stato sostenuto⁵⁸ che appare completamente superfluo introdurre una norma ad hoc per i crimini

⁵⁵ ON. VIETTI da ultimo citato.

⁵⁶ Il riferimento è al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 art 10: “1. E' fatto divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, **al sesso, all'orientamento sessuale**, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla eta', all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. E' altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo”

⁵⁷ ON. F. PALOMBA in Camera dei Deputati, XVI Legislatura, *Dossier di documentazione n. 259, 9 dicembre 2009, norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, AC 2802 e AC 2807.

⁵⁸ Intervista dell'on. Buttiglione in G. Casadio, Volevano promuovere uno stile di vita. Così si viola l'egualianza, in La Repubblica, 27 luglio 2011 “Se si picchia, si aggredisce qualcuno perché è gay, questo non è motivo di aggravante? «L'aggravante c'è già, per motivi futili o abietti: chi picchia un omosessuale perché omosessuale, un marocchino

omofobici in quanto già oggi questi rileverebbero ex art. 61 c.p. n. 1 cioè sarebbero ricompresi sotto le more dell'aggravante comune dei motivi abietti o futili. L'argomentazione ha delle falte giuridiche di non poco conto. Anzitutto i giudizi circa il fatto abietto o futile sono formulati alla stregua delle valutazioni della morale sociale⁵⁹ ossia, in altre parole, vanno accertati secondo le valutazioni medie della collettività in un certo momento storico⁶⁰. Secondariamente davvero i motivi che guidano l'omofobia possono essere sussunti sotto la definizione di abietti o futili? La Corte di Cassazione ha ritenuto di dover specificare quale sia l'estensione del significato dei due aggettivi che caratterizzano l'aggravante comune de qua: “la circostanza di cui all'art. 61 n. 1 c.p. è, di contro, un'aggravante “comune”, genericamente riferibile a tutti quei motivi che per il particolare grado di perversità (abietti) o per la sproporzione tra movente e azione criminosa (futili) denotano “una particolare capacità a delinquere del colpevole” (Rel. min. al progetto del codice penale, p. 109)⁶¹”. I motivi che inducono ad azioni omofobiche non sono perversi né sproporzionati. Si tratta, di contro, di azioni mosse da un odio indirizzato, puntuale, sostenuto da preconcetto ed ideologie. Nella sua esplicazione non ha alcunché di perverso ma di razzista. Nella sua esplicazione non vi è alcunché di futile (scolasticamente si propone l'esempio dell'automobilista che ferisce qualcuno per un parcheggio) ma di odiosamente orientato. Se alla base del motivo abietto vi deve essere come reazione una diffusa ripugnanza⁶² ebbene non ci si può che sentire disorientati a fronte delle dichiarazioni del mondo politico⁶³ e religioso nonché della stampa che lo sorregge

⁶⁴

perché marocchino, uno juventino perché juventino... ebbene sono tutti motivi futili e, in qualche caso, abietti. Perché rompere il principio di uguaglianza che è un principio costituzionale? Non ne vedo la ragione»

⁵⁹ Cfr. M. Romano, Commentario sistematico del codice penale, vol. I, Giuffrè, 1995, pag. 625

⁶⁰ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 3^a ed., 2009, pag. 481.

⁶¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 18 dicembre 2008, n. 337.

⁶² Cfr. G. LATTANZI – E. LUPO, in *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. III, Giuffrè, 2010.

⁶³ Cfr. in tal senso E. DOLCINI, *Di nuovo affossata..*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, pag. 1396 ove richiama le esternazioni di parte della classe politica italiana: “meglio essere appassionati di belle ragazze che gay”, “meglio noi del centrodestra che andiamo con le donne, che quelli del centrosinistra che vanno con i culattoni”, “la civiltà gay ha trasformato la padania in un ricettacolo di culattoni”, “pulizia etnica per i culattoni”.

⁶⁴ Si legga per esempio quanto in T. Scandroglio, Discriminazione dei gay? A volte si deve in <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-discriminazione-dei-gay-a-volte-si-deve-7000.htm> ove afferma che “mai discriminare? Il Catechismo afferma: “A loro riguardo si eviterà ogni marchio di ingiusta discriminazione” (2358). Ergo ci può essere una giusta discriminazione. Infatti la Congregazione per la Dottrina della Fede nel

Altra argomentazione che depone contro l'inserire l'omofobia nell'alveo dell'applicazione dell'art. 61 c.p. n.

1 risiede nella inevitabile discriminazione normativa che ne deriverebbe. Non è infatti accettabile degradare diritti che, costituzionalmente, sono stati esplicitati come aventi medesima dignità rendendo la norma di legge una *occasio discriminis*. Dal principio costituzionale in forza del quale “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”, attraverso una distinzione così come si voleva (e si è riusciti a) proporre, si giunge ad avere la creazione di un doppio binario normativo per il quale razza, etnia, nazionalità, confessione religiosa, lingua, godrebbero della tutela accordata dalla legge Reale e dal decreto legge Mancino mentre l'orientamento sessuale verrebbe dotato di una tutela affievolita. Tale infatti è quanto l'art. 61 c.p. comporta, prevedendo un bilanciamento con le eventuali circostanze attenuanti, in un gioco tale da rendere di fatto non operativa l'aggravante stessa e pertanto completamente inutile la tutela penale che tanto si va a ricercare. Una scelta normativa discriminatoria anche sul fronte della sanzione penale comportando un carico edittale diverso tra le ipotesi, per esempio, di istigazione alla violenza motivata da odio razziale (ove la legge reale prevede un aumento di due terzi della pena) piuttosto che da orientamento sessuale (che, qualora si dovesse applicare l'art. 61 c.p. n. 1, prevedrebbe il solo aumento di 1/3 della pena).

Ancora una volta quindi l'idea di fondo è che al mare dell'omofobia si aggiungano gli scogli della esplicita volontà di quella parte della politica che al tintinnar delle campane delle sagrestie fa conseguire provvedimenti in Parlamento. Nulla di più puntuale che le parole di S. Rodotà: “*È il segno di una società che non dà cittadinanza a specifici comportamenti, che rifiuta istituzionalmente ogni loro*

1992 ha emanato il documento “*Alcune considerazioni concernenti la risposta a proposte di legge sulla non discriminazione delle persone omosessuali*”, in cui si legge: «*Vi sono ambiti nei quali non è ingiusta discriminazione tener conto della tendenza sessuale: per esempio nella collocazione di bambini per adozione o affido, nell'assunzione di insegnanti o allenatori di atletica, e nel servizio militare*». Questo perché la tendenza omosessuale può essere in contrasto oggettivo con il bene dei più piccoli o degli scolari privi ancora di adeguati filtri critici o di coloro i quali, come i militari, vivono in una condizione di forte subordinazione ai superiori. In questa prospettiva “discriminare” recupera la sua accezione originaria, cioè esprime l'azione di distinguere, rilevare differenze tra distinti soggetti perché oggettivamente differenti tra loro”.

legittimazione. Nessuno degli argomenti portati a sostegno della pregiudiziale di incostituzionalità è convincente. Alcuni, anzi, sono davvero segno di un' imbarazzante modestia giuridica, per non dire una malafede che si traduce nel peggior cavillare⁶⁵.

In questa direzione si pone anche quanto dichiarato dal Presidente della Commissione Affari Costituzionali, On. Francesco Paolo Sisto⁶⁶. La Commissione da Lui presieduta proponeva che si anteponesse alle parole “*istiga a commettere o commette*” l'avverbio “*apertamente*”. Il Presidente così giustifica tale operazione: “*Il nostro è un rilievo di natura tecnica, perché i giuristi sanno che le norme penali debbono rispondere a criteri di tassatività e tipicità.*” Il che, si permetta di far notare, è come asserire che sino ad oggi tutte le applicazioni della legge Reale e del decreto legge Mancino sono di fatto incostituzionali in quanto violano il principio di tassatività e tipicità. I giuristi di contro sanno che questi aspetti legislativi mai sono stati evidenziati prima ed evidentemente appaiono ora cogenti alla luce della possibile introduzione di reati omofobici o transfobici, il che appare quantomeno singolare per non dire sospetto.

Vero nocciolo della questione, è il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero evitando la creazione di nuove ipotesi di reati di opinione⁶⁷. L'osservazione dell'insigne costituzionalista⁶⁸ è quindi legittima ma sulle conclusioni mi si permetta di dissentire. Non credo infatti che la soluzione al problema sia “*se si*

⁶⁵ S. Rodotà, La politica del disgusto, in *La Repubblica* 27 luglio 2011 il quale continua dicendo: “*Proprio per evitare alcune obiezioni, dopo il voto contrario del 2009, si era rinunciato ad introdurre un vero e proprio reato di omosofobia, limitandosi a prevedere una semplice aggravante. Neppure questo è bastato. Si è detto che il riferimento all' "orientamento sessuale" è troppo generico, sicché la norma mancava della necessaria chiarezza e tassatività, lasciando troppo spazio alla discrezionalità dei giudici. Ma dell' orientamento sessuale parlava già il Trattato di Maastricht, su di esso è tornato il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea ne parla all' articolo 21 tra i casi di illegittima discriminazione (tutti documenti a suo tempo votati dal Parlamento italiano)*”

⁶⁶ Cfr direttamente quanto riportato nel sito dell'on. Sisto <http://www.francescopaolosisto.com/elenco.asp?id=2967&pag=2&placepag=> ove si può leggere: “*Lo stesso infatti dichiara “Su un tema così delicato, se si vuole evitare che un fenomeno discriminatorio rischi di sconfinare nel reato di opinione, bisogna stare attenti...abbiamo concordato con i partiti della maggioranza una formula che sostituisce quella iniziale 'istiga a commettere o commette' con un'altra che dice 'apertamente istiga a commettere o commette'. L'obiettivo è evitare che si sconfini nel reato di opinione e l'avverbio 'apertamente' ha proprio tale funzione. Poi la commissione Giustizia, nonostante l'accordo, inspiegabilmente, non l'ha tenuta in alcuna considerazione. E questo lo ritengo molto grave”*

⁶⁷ Come correttamente rileva E. DOLCINI, *Omosofobia e legge penale op. cit.*, pag. 25.

⁶⁸ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, *op. cit.*, pag. 6 il quale scrive: “*l'eccedenza di risposta penale su temi quali l'omosofobia (ma anche il razzismo, la xenosofobia, l'antisemitismo, il sessismo) rischia di tradursi in ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero*”

*limiteranno all'uso violento della parola meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé*⁶⁹. Questo può avvenire forse, e sottolineo forse, in un Paese con un grado di civiltà politica maggiore del nostro⁷⁰ e, guarda caso, quei Paesi hanno sentito il dovere di munirsi di una legislazione in proposito.

Ulteriore argomentazione avversativa è che una eventuale introduzione di una legge contro l'omofobia porterebbe ad una possibile incarcerazione per il sacerdote che dal pulpito predichi il matrimonio canonico come sola ed unica forma di matrimonio o ancora “*che non sarà più lecito sollecitare i parlamentari della Repubblica a non introdurre nella legislazione il "matrimonio" gay, o ad escludere la facoltà di adottare un bambino a coppie omosessuali*”⁷¹. Simile ordini di argomentazioni trovano come unica spiegazione il fatto che non si conoscono, a prescindere dall'argomento omofobia, i contenuti della legge Reale e del decreto legge Mancino. Giova a tal proposito richiamare quanto più sopra già sviluppato. La lettera a) delle legge Reale prevede la penale punizione per chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico. Qui cessa la prima tipologia di condotta⁷² nella quale non è ricompresa né la confessione religiosa né l'omofobia o la transfobia. La ragione di questa esclusione risiede, come già detto, in “*un atteggiamento di maggior prudenza da parte del legislatore per evitare di porsi in contrasto con la proclamazione costituzionale del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero*”⁷³. La dimensione nazionale e religiosa viene in rilievo nella seconda parte della lettera a) che recita “ovvero istiga

⁶⁹ A. PUGIOTTO, *op. cit.*, pag. 18.

⁷⁰ Giovi da ultimo ricordare l'inqualificabile episodio che ha visto protagonista l'allora Vice presidente del Senato Roberto Calderoli il quale ha dichiarato: “*Io mi consolo — tuona Calderoli davanti a circa 1.500 persone — quando navigo in Internet e vedo le fotografie del governo. Amo gli animali, orsi e lupi com'è noto, ma quando vedo le immagini della Kyenge non posso non pensare, anche se non dico che lo sia, alle sembianze di orangio*” in http://www.corriere.it/politica/13_luglio_14/calderoli-stop-clandestini_25a417fe-ec09-11e2-8187-31118fc65ff2.shtml o ancora l'episodio che ha portato all'espulsione dal partito della Lega Nord di “*Dolores Valandro, consigliera leghista di quartiere a Padova, che ha pubblicato su Facebook la foto del ministro per l'Integrazione Cécile Kyenge, e la scritta (tutta in maiuscolo): "Ma mai nessuno che la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato?????? Vergogna!"*” in http://www.repubblica.it/politica/2013/06/13/news/ex_leghista_ministro_kyenge-61001643/

⁷¹ <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-dieci-ragioni-per-opporci-allla-legge-sullomofobia-6893.htm> o ancora <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-legge-omofobia-ecco-cosa-potra-accadere-6870.htm>

⁷² Cfr. in tal senso G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, pag. 177.

⁷³ Sempre G. DE FRANCESCO, *loc. ult. cit.*

a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi". Come ricorda la Cassazione⁷⁴ istigazione "*altro non è che l'incitamento a compiere atti riprovevoli*", quindi ci si dovrebbe chiedere per quale ragione un sacerdote dovrebbe incitare i fedeli a compiere atti socialmente riprovevoli. Ancor più ovvia l'obiezione di cui sopra alla luce del tenore della riformanda lett. b) ove si considera l'istigazione a commettere o il commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, o fondati sulla omofobia o transfobia. Anche qui, per quale ragione si dovrebbe permettere ad un sacerdote di incitare alla violenza dal pulpito? L'operazione quindi è dialetticamente scorretta e vuole semplicemente, attraverso una argomentazione ad effetto, sollevare un timore assolutamente infondato. Se si desidera un salvacondotto o una patente di liceità ad istigare alla violenza va da sé che la legge da tempo già lo vietava per quanto riguarda razza, etnia, nazione, confessione religiosa, lingua ed ora semplicemente si chiede l'estensione di tale civile principio anche ai motivi fondati su omofobia e transfobia.

Penso sia invece più produttivo considerare argomenti più seri e volgere l'attenzione a quanto affermato dalla giurisprudenza in relazione al problema della libera manifestazione del pensiero e così ricavare utili osservazioni. E' indiscutibile l'importanza dell'esercizio della libertà di espressione, "*che permette, per la sua stessa natura, il dialogo, la facilitazione e la costituzione di una società integrata. Un restringimento di questa libertà o un suo uso distorto, volto a fomentare l'odio nei confronti del diverso, di contro, può divenire uno strumento che innasca nella società solo violenza*"⁷⁵. E' davvero tutto permesso? Anche ledere la dignità di un gruppo ed istigare all'odio? Risponde la Cassazione⁷⁶: "*il*

⁷⁴ Cfr. Cass. Pen. 7 maggio 2008 n. 37581 in Cass. Pen. 2009 pag. 3029.

⁷⁵ V. CUCCIA, *op. cit.*, pag. 32.

⁷⁶ Di fatto riprendendo quanto la Corte costituzionale aveva elaborato nella decisione n. 188 del 1975 in relazione all'art. 403 c.p. ritenendo che "*esiste un limite al diritto alla libera manifestazione del pensiero derivante da una garanzia costituzionale accordata al bene protetto, costituzionalmente rilevante, individuato nel sentimento religioso quale vive nell'intimo della coscienza sia individuale che di gruppi, sicché non illegittimamente la norma riduceva la portata applicativa della libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito di una reciproca delimitazione tra esigenze entrambe degne di tutela in relazione a un concetto di vilipendio punibile che non è discussione o critica anche vivace e polemica ma contumelia, scherno, offesa fine a se stessa, ingiuria al credente e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia il fenomeno religioso*" in G. LATTANZI – E. LUPO, Codice penale Vol. VIII, 2010, Giuffr, pag. 529.

*principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la egualianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vietи e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità ed offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale*⁷⁷*.* In quella che la miglior dottrina ha definito la topografia del conflitto⁷⁸, la Cassazione ha ritenuto che vi sia un *limite negativo*⁷⁹ che il diritto alla libera manifestazione del pensiero incontra specialmente nel rispetto di diritti e libertà altrui. Questo non teorizza una valutazione aprioristica quanto piuttosto invita, in un giudizio di prevalenza o soccombenza, a mantenere un giudizio dotato di una certa elasticità per meglio corrispondere alle singole questioni⁸⁰.

Argomento in limine con l'art. 21 Cost. è rappresentato dall'art. 33 Cost. relativo alla ricerca storico scientifica. Non si tratta di ritenere esistente uno “*scudo che offre riparo*”, così affermando che la libertà di ricerca storico scientifica sfugga ad un siffatto giudizio di bilanciamento. “*Un discorso, anche eventualmente apprezzabile non può autorizzare cedimenti a condotte illegali: un insulto resta tale anche se inserito in un bel ragionamento, [tanto che] il senso complessivo dell'elaborazione culturale non può redimere passaggi argomentativi in sé non assimilabili sul piano della liceità giuridica*⁸¹*.*”

Questo significa che se un ragionamento contiene una valutazione, opinabile in quanto tale ma comunque rientrante nell'ambito della libertà di espressione nessuno mai potrà sollevare questioni di sorta (se non sull'intelligenza di quanto affermato...) il problema invece sorge quando la *valutazione trasmodi nella*

⁷⁷ Cass. Pen. 7 maggio 2008, n. 37581 Mereu.

⁷⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti, il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, pag. 62

⁷⁹ R. BIN, *op. cit.*, pag. 78.

⁸⁰ R. BIN, *op. cit.*, pag. 94 ss.

⁸¹ Cass. Pen. Sez. I, 13 marzo 2012 n. 20508

*denigrazione per motivi di razza e di religione*⁸².

E' quando le forme espressive di odio e di disprezzo, nonché l'istigazione a replicare siffatti atteggiamenti discriminatori, travalicano le rivendicabili ragioni di ricerca storico giuridica o di libera manifestazione del pensiero che queste si insediano centralmente nell'area dell'illecito penale. *"E' del tutto evidente allora che non possono essere utilmente invocate le scriminanti dell'esercizio delle libertà costituzionali quali il diritto alla libertà di pensiero e di ricerca storico scientifica cui ineriscono il limite del rispetto di valori più alti, pure costituzionalizzati, quale la dignità umana e che dunque non possono essere riconosciute ove concretamente in contrasto con essi"*⁸³.

5. *Un risultato assolutamente insufficiente*

Come ho scritto in incipit, il testo normativo licenziato dalla Commissione giustizia è di per sé insufficiente. All'espressione orientamento sessuale e identità di genere si è andati preferendo quella di "omofobia" e "transfobia", operazione di pregi linguistico e, se vogliamo, anche di forte impatto ma che di contro offre il fianco, nel caso di carenza nella tecnica legislativa per quanto riguarda i profili definitori, alle medesime obiezioni a cui si era esposta (in maniera si è detto assolutamente infondata) l'espressione orientamento sessuale ed identità di genere (che aveva comunque il pregi di ricoprendere l'intera manifestazione della comunità lgbt). Più inquietante è la creata "differenziazione nella differenza". Esiste infatti quel doppio binario a cui prima accennavo. Il testo così come emendato infatti estende all'omofobia e alla transfobia i reati previsti e puniti specificamente dalla legge Reale, ma non l'aggravante prevista dal decreto Mancino. Mentre questa si applica a tutti i reati previsti dal codice penale, quando la motivazione del reato è la discriminazione o l'odio verso soggetti identificati dalla disposizione in ragione di razza, etnia, nazionalità, confessione religiosa, lingua, ne rimangono incomprensibilmente escluse l'omofobia e la transfobia. L'art. 3 infatti, risultato non modificato, prevede una circostanza aggravante per la quale: *"Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico,*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà”. Come potrà apparire chiaro non viene qui inserita l’ipotesi dell’omofobia e transfobia. Aspetto pertanto significativo anche sul fronte della pena in quanto viene sottratto l’aumento fino alla metà e il conseguente divieto di porre in equivalenza o prevalenza le circostanze attenuanti. Anche l’art. 6 del decreto legge Mancino non viene toccato dall’interpolazione dell’emendamento 1.500 sicchè il principio per cui “*Per i reati aggravati dalla circostanza di cui all’articolo 3, comma 1, si procede in ogni caso d’ufficio*” non trova applicazione nel caso dei reati motivati da omofobia e transfobia.

Un approdo si è detto insoddisfacente e che appare invece chiaro nelle sue risultanze grazie a quanto scritto da 26 deputati del Partito democratico e di Scelta civica in una lettera pubblicata su di un quotidiano cattolico “*Grazie a un lavoro costante e fattivo, necessariamente lontano dai riflettori per non pregiudicarne l’efficacia, cui si è dedicato un ampio fronte cattolico in diversi schieramenti presente in Parlamento, la proposta di legge che è giunta in aula è molto diversa da quella che era stata inizialmente presentata. Sono infatti cadute molte definizioni che rendevano inaccettabile il testo, non solo, ma grazie a questo lavoro fatto di dialogo attento e operoso, i relatori – cui va riconosciuta una notevole disponibilità – stanno lavorando su ulteriori emendamenti che, se accolti in aula, consentiranno la netta distinzione tra il reato di omofobia e la libera espressione di opinioni*

⁸⁴”. Preoccupazioni inconsistenti di fatto se solo si leggesse attentamente la legge, si guardasse alla prassi applicativa e si considerassero i diritti di cui all’art. 3 Cost. quali diritti aventi medesima dignità. Di contro così non è. Si è infatti preferito sottolineare anche in questa occasione l’esistenza di un diritto su più livelli, fatto di discriminazione e di negazione, evidenziando, ancora una volta, *l’assenza di quella grande ed inadempita promessa della modernità*⁸⁵, l’eguaglianza.

⁸⁴ In <http://www.avvenire.it/Commenti/Pagine/letteraparlamentariomofobia.aspx>

⁸⁵ S. RODOTÀ, *Prefazione* a M.M. WINKLER – G. STRAZIO, *op. cit.*, pag. 11

