



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL
MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND LEGAL
SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
MARIA BOVINO

NORMATIVITÀ E PUNIBILITÀ DEGLI ATTI DI DISCRIMINAZIONE TRA TASSATIVITÀ
ED OFFENSIVITÀ: VERSO UN DIRITTO PENALE DEL *DIVERSO*

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Maria Bovino

NORMATIVITA' E PUNIBILITA' DEGLI ATTI DI DISCRIMINAZIONE TRA
TASSATIVITA' ED OFFENSIVITA': VERSO UN DIRITTO PENALE DEL
DIVERSO (?)

ABSTRACT	
<p>Il presente lavoro analizza l'evoluzione della normativa italiana in ordine alla tematica della tutela della libertà religiosa, etnica, sessuale – fortemente – minacciata dalle diverse tipologie degli atti discriminatori, attraverso la proposizione di nuovi emendamenti legislativi, sottolineando il rischio, da una parte, di incrinare la certezza del diritto, sotto il profilo della stretta legalità, aderendo all'interpretazione di stampo comparato rivolta verso forme di adesione alle scelte etico-politiche delle <i>altre</i> comunità, dall'altra di creare un settarismo culturale autoescludente e difficilmente capace di collegarsi ad altri in una reciproca e tollerante accettazione del diverso.</p>	<p>This paper points out the Italian legislation on protection of religious, sexual, cultural, individual freedom. The author describes some of the general cultural, social, processes through which an man or a woman could be stigmatized, and the consequences of these processes for individuals and for the legal system. It is more difficult providing for the “discrimination” crimes..<i>Homophobia</i>, a term often used to describe hostile reactions to lesbians and gay men, implies a unidimensional construct of attitudes as expressions of irrational fears. It is an attempt to include the multiple interpretations of Homophobia.</p>
<p>responsabilità penale – legislazione - omofobia</p>	<p>criminal responsibility – legislation – homophobia</p>

SOMMARIO: 1. *Passato*. Analisi dell'art. 3 legge 13 ottobre 1975 e successive modificazioni. - 2 *Presente*. Le attuali proposte in ordine alla penalizzazione di *omofobia* e *transfobia*. - 3. *Futuro*. Per una tutela incondizionata dei diritti *umani*.

1. – Con l'elaborazione dell'art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654, titolata *Ratifica ed esecuzione della convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*, il sistema penale italiano ha sanzionato ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comportasse distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza, l'origine o la convinzione religiosa. La tutela penale viene, per la prima volta, diretta a contrastare ogni attività - criminosa -

oggettivamente discriminatoria, ovvero ogni azione che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere e/o di alterare il riconoscimento e l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in ogni settore della vita pubblica, da quello personale, legato alle manifestazioni sessuali e di genere, a quello sociale, legato alle manifestazioni del pensiero politico, religioso, etnico culturale.

L'art. 3 prevedeva la reclusione fino a 3 anni per chiunque diffondesse idee fondate sulla superiorità o sull'odio e la reclusione da 6 mesi a 4 anni per chiunque incitasse a commettere, o commettesse - lui stesso -, violenza o ponesse in atto provocazioni, motivate da idee di superiorità razziale, etnica, o religiosa. A scopo preventivo veniva altresì punita la semplice partecipazione o l'assistenza prestata a una qualunque associazione che avesse tra i suoi scopi l'incitamento alla discriminazione, ovvero alla violenza. Ed ammetteva, al successivo comma, la punibilità dei partecipi e dei dirigenti delle organizzazioni a diverso titolo.

Il successivo d.l. n. 122/1993, convertito nella legge 25 giugno 1993 n. 205, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, ha ampliato la sfera di punibilità dei comportamenti potenzialmente razzisti, in quanto ha previsto il divieto di manifestare in pubbliche riunioni ostentando simboli di associazioni di stampo razzista, pena la reclusione fino a 3 anni. Nei confronti delle persone denunciate o condannate per i reati di propaganda razziale, incitamento alla violenza per motivi razziali, ovvero per partecipazione ad associazioni di stampo razzista, viene introdotta una misura preventiva a carattere *speciale*, quale il divieto di accedere ai luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche, pena l'arresto da 3 mesi a 1 anno. All'articolo 3 viene ipotizzata un'ipotesi aggravante speciale con aumento della pena sino alla metà, legata alla commissione di reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo, le cui condotte siano caratterizzate da finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, o di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, specificando al 2° comma – in senso esclusivo – che «le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, 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»¹.

La crescente manifestazione esponenziale della realizzazione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o fondati sull'identità sessuale o di genere, spesso momento di anticipazione *ideologica* rispetto alla commissione di più gravi crimini *futuri* – come il passato ci ha insegnato - o alla

¹ Sull'evoluzione della normativa nazionale ed internazionale, cfr. E.DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in «Rivista telematica», n.16, 2012.

realizzazione di atti emulativi, è stata correttamente individuata dalla Suprema Corte² per cui

La diffusione di idee fondate sulla superiorità della razza ariana, operata dai componenti di una associazione di stampo nazista, tramite volantini, articoli, libri, interviste e programmi televisivi, non rappresenta libera manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost. non potendo dilatarsi tale diritto sino a giustificare atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano altri principi di primaria rilevanza costituzionale e valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno ed internazionale. Le condotte incriminate integrano il reato previsto dall'art. 3 della legge 13.10.1975, n. 654 e giustificano la repressione della diffusione di idee e dei comportamenti connessi perché confliggono con il principio costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, il quale vieta gli atti di discriminazione razziale, nazionale o religiosa, tanto verso i cittadini quanto verso gli stranieri.

Anche la giurisprudenza di merito ha ribadito tale indirizzo *illuminante* del divieto di applicazione della scriminante di diritto di critica³, stabilendo che la lesione o messa in pericolo di altri valori costituzionalmente garantiti si pone come evidente «limite alla libera esternazione del pensiero» indipendentemente da una specifica prova della lesione dell'ordine pubblico che eventualmente ne scaturisce. Tale orientamento progressista ha avuto seguito, definendo l'art. 3 L. 654/75, lett. a, come manifestazione di un'unica condotta in cui si pone in essere sia la diffusione di idee fondate sulla superiorità razziale ed etnica con la consapevolezza della condotta determinata da sentimenti di superiorità o odio razziale, sia l'incitamento è non solo animato da motivi razziali ma anche finalizzato specificamente ad incitare a commettere un atto discriminatorio⁴.

A fronte di una normativa di certo rilievo punitivo-sostanziale e della relativa esegesi di legittimità, altro orientamento della Cassazione⁵ ha affermato che, ai fini della configurabilità dell'aggravante in questione, non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, razziale o religioso sia stato il sentimento che ha ispirato dall'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri il suddetto, riprovevole, sentimento o comunque a

² Cfr. Cass. pen., sez. I, sentenza 28.2.2001, n. 341; Cass. pen., Sez. V., sentenza dd. 20.05.2005, n. 19378; Cass. pen., sez. V, sentenza 7.10.2008, n. 2745; Cass. pen., sez. IV, 30.10.2009; sez. II, sentenza 21 luglio 2011, n. 2798; Cass. pen., sez. V, 26 aprile 2011, n. 54694.

³ Trib. Verona, Sentenza 2.12.2004/24.2.2005 n. 2203.

⁴ Cass. pen., sez. III, sentenza 28.03.2008, n. 13234.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2230; Conforme Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2006, n. 8475.; Cass. pen., sez. V, sentenza, 25.03.2010, n. 11590.

dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione, negando rilevanza alla circostanza aggravante del caso.

L'articolo 3 in questione è stato a seguito modificato dall'articolo 13 della legge 24 febbraio 2006, n. 85, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, sotto due profili: la descrizione della condotta incriminata e le pene previste. Il riformulato reato in fatti prevede la pena della reclusione dimezzata alla metà - fino ad un anno e sei mesi, dunque - nonché della multa fino a 6.000 euro, in alternativa a quella della reclusione. La condotta è stata ridefinita modificando il termine "diffusione" con quello "propaganda" e sostituendo il termine "incitamento" con quello "istigazione".

L'esigenza di un intervento stringente da parte del potere legislativo si è reso indispensabile per necessaria riformulazione dell'articolo in esame, con l'obbligo di precisare – sia pure *de iure condendo* - se sia determinante, ai fini della disciplina penale, articolare un delitto *ad hoc* per la tutela della libertà individuale, religiosa, sessuale dai multiformi contenuti e con qualificazione di bene giuridico da proteggere *ex novo* o se sia sufficiente prevedere un aggravamento sanzionatorio di tipo speciale, con previsione di circostanza *ad hoc*⁶.

Produzione normativa e pratiche di incitamento all'odio di carattere etnico e razziale si sono intersecate nella realtà dinamica degli eventi storici. Preme sottolineare due profili indispensabili alla ricerca di tipo sostanziale. *In primis* la perseguibilità d'ufficio della fattispecie considerata, effetto dovuto alla "debolezza sociale" delle persone offese – vittime dei reati d'opinione, che non possiedono né mezzi materiali, né strumenti cognitivi per tutelare i propri diritti. Alla stregua di quanto accade per la protezione degli *Human Rights* a livello internazionale si potrebbe attribuire la facoltà di agire in giudizio ad enti ed associazioni che agiscano per le persone offese dalle varie forme di discriminazione. Resta, poi, di difficile interpretazione la vaghezza *indeterminata* dell'interesse protetto dalla fattispecie, ascrivibile alla materia dei reati d'opinione che ha dato seguito – come già sottolineato – ad un rilevante rigore dell'intervento giurisprudenziale in ordine all'applicazione della circostanza aggravante per i delitti commessi con finalità di

⁶ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 14, pp. 23 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, parte V, cc. 217 ss.; D. Pulitanò, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 960 ss.; D. NOTARO, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 401 ss.

discriminazione e odio etnico, razziale e religioso, con nessuna considerazione rispetto alla motivazione soggettiva dell'agente⁷.

2. – *De iure condendo* è in atto un dibattito parlamentare molto acceso, in cui si alternano questioni di puro diritto con tematiche attuali di fatto. In data 26 luglio 2011 il disegno di legge unificato *Norme per il contrasto dell'omofobia e transfobia. C. 2802 Soro e C. 2807 Di Pietro*, prevedeva una pena più severa se l'autore del reato avesse agito «per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone dello stesso sesso, persone di sesso opposto, persone di entrambi i sessi», - quale circostanza aggravante speciale -, non è stato esaminato dalla Camera dei Deputati per effetto di due questioni pregiudiziali di costituzionalità, fondate l'una sul principio di eguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, l'altra sul principio di legalità-precisione *ex art. 25 comma 2 Cost.*

L'aggravante verrebbe ad operare nei casi in cui il fatto sia stato commesso per motivi di omofobia: cioè, perché la vittima è omosessuale o transessuale (nel primo caso l'orientamento sessuale è “verso” persone dello stesso sesso, nel secondo “verso” persone di sesso opposto). L'aggravante non si applica, invece, se l'autore del reato è stato spinto da odio nei confronti di una persona eterosessuale.

La specificazione *di genere* - tutela dell'omosessuale o del transessuale - può garantire la tutela di un diritto (sicuramente) o creare ulteriori disuguaglianze rispetto gli eterosessuali *in primis* e alla legalità- tassatività normativa?

La dizione dell'art. 3, comma 1, Cost., secondo cui tutti sono uguali davanti alla legge, “senza distinzione di lingua, sesso, razza, religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali” – riflette il principio di uguaglianza in senso formale, che - oggettivamente - potrebbe ritenersi violato nel distinguo cautelativo di omosessuali o transessuali rispetto la non “inclusione” di eterosessuali. Ne consegue che l'ipotizzabile restrizione della aggravante solo ad alcune discriminazioni, quali quelle caratterizzate dal fattore di “orientamento sessuale”, ingenererebbe ancor di più effetti discriminanti soprattutto in termini normativi.

La pena non può essere graduata in relazione alla tipologia della vittima del reato, pur giustificando le particolari esigenze di tutela di certe categorie di soggetti, discriminate, in base all'orientamento sessuale, in quanto “minoranze”. Certo una riflessione più approfondita del dettato legislativo *in itinere* avrebbe dovuto far emergere la complessa articolazione del secondo comma *ex art. 3 Cost.*, secondo cui la Repubblica si impegna, attuando il principio di uguaglianza in senso sostanziale, a promuovere chi si trovi in posizioni svantaggiate (omosessuali/eterosessuali).

⁷ Cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione: l'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009.

L'accettazione e la tutela del *diverso* passa attraverso un lungo processo linguistico, legale, culturale e politico di significati in trasformazione, che non solo modifica la struttura originaria del concetto, ma lo rende legittimo e valido nel passaggio trasformativo. Questo sta accadendo e continua a verificarsi se percepiamo le trasformazioni a cui i concetti di omofobia e transfobia sono stati già e continuano a essere sottoposti attraverso determinanti dichiarazioni di principio o esegesi giurisprudenziali; In ogni caso tali mutazioni segnano la necessaria interconnessione tra diritto e politica, che definisce un *processo giusgenerativo*, termine quanto mai fedele nel descrivere il fenomeno attuativo della tutela delle minoranze.

Nel rapporto tra *ius naturalis* e *ius positivum* il processo giusgenerativo costituisce un modello creativo di formazione del diritto, capace di mediare tra norme universali e volontà delle maggioranze democratiche, anziché rimettersi alla volontà legittima del legislatore sovrano, impossibilitato a farle stante la complessità che tale fenomeno sottende. Ciò non significa che non si corrano rischi di populismo o di illegittimità normativa. Ciò che più stride, rispetto ai proclami di difesa del principio di uguaglianza in senso formale, compiuti da parte della maggioranza espressasi a favore della pregiudiziale, è che per rendere il testo senz'altro conforme a Costituzione sarebbe bastato suggerire una semplice modificazione del disegno di legge, prevedendo l'aggravante quando i delitti siano commessi "in ragione dell'orientamento sessuale della vittima"⁸.

3. – Oggetto della tutela dell'art. 3 è la dignità di ogni uomo ad essere considerato come egli é per razza, per etnia, per nazione o per credo religioso. Lo scopo della norma va quindi ben oltre quello di imporre la tolleranza delle diversità, prefiggendosi piuttosto di preservare e difendere le differenze culturali tra gli uomini e le identità collettive fondate su usi, costumi, religioni. Trattasi di un reato plurioffensivo, essendo almeno due gli interessi giuridici protetti: l'ordine pubblico inteso come diritto alla tranquillità sociale, e la dignità umana

La dottrina italiana ha individuato - già all'indomani della prima stesura della legge Mancino - come il concetto di dignità umana fosse alla base del bene giuridico, protetto dall'intervento penale, intesa come "la personalità dell'uomo, come valore in sé, come soggetto portatore di qualità ed attributi che non tollerano alcuna forma di gerarchia e di differenziazione fondata sull'appartenenza o meno ad una determinata razza o gruppo sociale"⁹. Concretizzando l'afflato

⁸ E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1395.

⁹ G.A. DE FRANCESCO, *Commento al D.l 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 179.

costituzionalistico si è ancorata la tutela penale all'attualizzazione dell'umana dignità, intesa come effettiva uguaglianza fra gli uomini con pieno riconoscimento del rispetto dell'identità culturale dell'individuo e del suo gruppo di appartenenza¹⁰.

In relazione a tali orientamenti è agevole concludere - in ossequio ai principi-obiettivi, che ispirano l'Unione Europea verso il pluralismo, la società multiculturale, la non discriminazione, la solidarietà, la giustizia, la parità tra uomo e donna *ex art. 1 bis* del Trattato di Lisbona - che l'adozione di un provvedimento legislativo nel merito e *nel genere* possa promuovere, da un punto di vista penalistico, meccanismi di integrazione delle minoranze, etniche, religiose, culturali e sessuali.

De iure condendo il 22 luglio 2013 si è concluso l'esame nella seconda Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati della proposta di legge n. 245, presentata il 15 marzo 2013 e intitolata "*Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia*" Il ddl, il cui primo firmatario è l'On. Ivan Scalfarotto, prevede, in buona sostanza, l'estensione dei reati previsti dalla c.d. legge Mancino-Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificata ed integrata dal d.l. n. 122 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205 del 1993) «anche alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere della vittima». Il provvedimento è sottoposto a *iter* parlamentare. La Camera ha infatti approvato in prima lettura il Testo Unificato della Commissione, il quale costituisce il risultato della discussione congiunta dei progetti di legge C. 245, C. 280 e C. 1071, prima esaminati singolarmente. E' venuta meno la norma definitoria dei concetti di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" ed "orientamento sessuale"; è stato introdotto un comma 3-*bis* all'art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, secondo il quale, ai sensi della suddetta legge, "non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente 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.

¹⁰ Cfr. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO, (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, pp. 117 ss.

