

OMOFOBIA E DIRITTO PENALE: PROFILI COMPARATIVISTICI

di Luciana Goisis

SOMMARIO: 1. Le statistiche straniere in ordine agli *hate crimes*: la diffusione dell'omofobia. – 2. Omosessualità e diritto penale nella storia. – 3. La percezione sociale dell'omosessualità e l'omofobia nella ricerca criminologica. Brevi cenni. – 4. Le recenti previsioni di legge contro l'omofobia nel panorama europeo e anglosassone. – 5. L'esperienza italiana delle discriminazioni a sfondo omofobico.

1. Le statistiche straniere in ordine agli *hate crimes*: la diffusione dell'omofobia.

Che l'omofobia – intesa, secondo la felice definizione contenuta nella *Risoluzione sull'omofobia in Europa* del gennaio del 2006, come “una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo” -, sia un fenomeno fortemente radicato nella realtà sociale, italiana e straniera, è sotto gli occhi di tutti (v. DOLCINI 2011, 32, nonché il sito del Parlamento Europeo)¹.

¹ Continua la Risoluzione, nei considerando: B. considerando che l'omofobia si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all'obiezione di coscienza, C. considerando i recenti eventi preoccupanti verificatisi in vari Stati membri, ampiamente segnalati dalla stampa e dalle ONG, che vanno dal divieto di tenere marce per l'orgoglio gay o per l'uguaglianza all'uso di un linguaggio incendiario, carico di odio o minaccioso da parte di esponenti politici di primo piano e capi religiosi, la mancata protezione e, addirittura, la dispersione di dimostrazioni pacifiche da parte della polizia, le manifestazioni violente di gruppi omofobi e l'introduzione di modifiche costituzionali espressamente mirate a impedire le unioni tra persone dello stesso sesso, D. considerando, nel contempo, che in taluni casi si sono registrate reazioni positive, democratiche e tolleranti da parte della popolazione, della società civile e delle autorità locali e regionali che hanno manifestato contro l'omofobia, nonché da parte della magistratura che ha preso provvedimenti contro le discriminazioni più sensazionali e illegali, E. considerando che in alcuni Stati membri i partner dello stesso sesso non godono di tutti i diritti e le protezioni riservati ai partner sposati di sesso opposto, subendo di conseguenza discriminazioni e svantaggi; F. considerando, al tempo stesso, che in un numero crescente di paesi europei si stanno adottando iniziative intese a garantire pari opportunità, integrazione e rispetto e ad offrire protezione contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, l'espressione di genere e l'identità di genere, nonché ad assicurare il riconoscimento delle famiglie omosessuali, G. considerando che la Commissione ha dichiarato il suo impegno ad assicurare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'UE ed ha istituito un gruppo di Commissari responsabili in materia di diritti umani; H. considerando che non tutti gli Stati membri hanno introdotto nei loro ordinamenti misure atte a tutelare le persone GLBT, come invece

Spesso, come chiarisce l'Unione europea, tale fenomeno si manifesta, sia nella sfera pubblica che in quella privata, sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, giustificate con motivi di ordine pubblico, di libertà religiosa e di diritto all'obiezione di coscienza. Molte di tali condotte, è evidente, assurgono al rango di fatti penalmente rilevanti e soprattutto possono essere inquadrare nell'ampia categoria criminologica - di derivazione anglosassone - dei cd. *hate crimes* (che comprendono al loro interno anche l'*hate speech*), ossia quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere (v. OCSE, www.osce.org, nonché FREDERICK M. LAWRENCE 1999, 1 ss.). La discriminazione diviene cioè la ragione prima del crimine.

Ebbene, a testimoniare della diffusione del fenomeno dell'omofobia, in tutte le forme sopra ricordate, contribuiscono proprio le statistiche raccolte in numerosi Paesi stranieri sui c.d. *hate crimes*. Se infatti nell'ordinamento italiano non si registrano dati statistici significativi sui crimini d'odio, assai più ricca e dettagliata è invece la raccolta di dati quantitativi operata nei Paesi anglosassoni, segnale, oltre che, è noto, di una ben più risalente tradizione di studi empirici rispetto alla nostra, di una maggior consapevolezza della grave realtà degli *hate crimes*, cui va senz'altro ascritta l'omofobia, spesso accompagnata da previsioni penali, e, in definitiva, di una maturità culturale assente nel nostro Paese.

Guardando infatti alle recenti statistiche raccolte dall'*Home Office* inglese, il noto dipartimento del Governo britannico deputato, tra l'altro, alla raccolta dei dati in materia di giustizia, si evince chiaramente la consistenza dei reati ispirati da discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, reati inferiori numericamente solo ai delitti motivati da discriminazione razziale. L'*Home Office*, in particolare, dopo aver definito come *hate crime*, "*any criminal offence committed against a person or property that is motivated by hostility towards someone based on their disability, race, religion, gender-identity or sexual orientation, whether perceived to be so by the victim or any other person*", riferisce i dati sui crimini d'odio relativi all'Inghilterra e al Galles e aggiornati gli anni 2011 e 2012, i quali registrano 43.748 crimini di tale natura (HOME OFFICE 2012).

Ciò che più colpisce è che, disaggregando il dato sulla base dei diversi fattori di discriminazione, emerge che su un totale di 43.748 *hate crimes*, l'82% (35.816 in valore assoluto) è rappresentato da crimini a sfondo razziale; immediatamente dopo, con una percentuale pari al 10% del totale (4.252 crimini), si posizionano i crimini ispirati da

richiesto dalle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, e che non tutti gli Stati membri stanno combattendo le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e promuovendo l'uguaglianza, I. considerando che occorrono ulteriori azioni a livello dell'UE e degli Stati membri per eradicare l'omofobia e promuovere una cultura della libertà, della tolleranza e dell'uguaglianza tra i cittadini e negli ordinamenti giuridici, 1. condanna con forza ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (...).

odio omofobico (seguono i crimini commessi in ragione della disabilità e del credo religioso).

Si può dunque affermare, senza timor di smentita, che, se tradizionalmente il crimine d'odio è per antonomasia il crimine d'odio razziale, oggi quest'ultimo si contende il campo, per così dire, con i delitti ispirati da omofobia. Come è stato di recente sottolineato, e come emerge dalla definizione di omofobia affermata in ambito europeo, "razzismo e omofobia sembrano correre su binari paralleli" (WINKLER-STRAZIO 2011, 113): come vedremo, ciò vale anche sul terreno della tutela giuridica delle vittime di discriminazioni omofobiche, tutela che si è ispirata e si è modellata sulla norma penale (spesso una circostanza aggravante) a protezione delle vittime di atti di discriminazione razziale.

Tale conclusione circa la forte diffusione dell'omofobia è comprovata altresì dalle statistiche che provengono dal *Federal Bureau of Investigation* americano. Attingendo all'*Uniform Crime Report*, si evince che, nel 2010, sono stati 6.628 i crimini d'odio perpetrati ai danni di vittime (7.699) appartenenti a gruppi sociali determinati: per il 48,4% si è trattato di crimini affetti da *racial bias*, ossia di crimini ispirati da odio razziale; a seguire, per il 19,3%, da crimini caratterizzati da *sexual orientation bias*, ossia crimini commessi in ragione dell'orientamento sessuale della vittima (FBI 2012). Può essere opportuno segnalare che l'odio omofobico, stando ai dati statistici statunitensi, si rivolge maggiormente contro l'omosessualità maschile piuttosto che contro quella femminile o contro altri orientamenti sessuali e che si rivolge più direttamente contro la persona piuttosto che verso la proprietà.

Pur in assenza di dati statistici ufficiali riferiti al contesto italiano, sia per quanto riguarda i crimini d'odio razziale (per i quali tuttavia esiste una legislazione penale!) sia per quanto riguarda i crimini d'odio omofobico, non si può disconoscere che le testimonianze della presenza di una forte violenza omofobica anche nel tessuto sociale italiano sono numerose ed attendibili: innanzitutto vengono in considerazione i rapporti stilati da Arcigay. Stando all'ultimo rapporto disponibile (BOLOGNINI 2011, 2 ss.), emerge che i casi di cronaca riportati dalla stampa sono molto frequenti e gravi: si dà infatti conto di violenze, aggressioni ed insulti - circa una trentina di episodi, un dato dunque in crescita rispetto agli anni passati, ove si registravano ventiquattro aggressioni e due omicidi - di estorsioni e rapine (oltre una decina di episodi, in crescita rispetto al 2010), atti di bullismo (cinque episodi, anch'essi cresciuti rispetto all'anno precedente), nonché atti di vandalismo e numerosi inspiegabili divieti (BOLOGNINI 2010, 2 ss., nonché rispetto agli anni 2008-2009 CHIULLI 2010, 19 ss.).

Senza contare delle numerose esternazioni provenienti da esponenti del mondo politico e istituzionale, nonché religioso, caratterizzate da un linguaggio incendiario, carico di odio o minaccioso nei confronti degli omosessuali (DOLCINI 2011, 24 s.), esternazioni che da sole rendono conto del clima culturale in cui l'omofobia cresce e si alimenta.

La recrudescenza degli atti di violenza omofobica è dunque in crescita anche in Italia: ciò dimostra chiaramente la *vulnerabilità* dei soggetti LGBT, in quanto vittime sistematiche di aggressioni motivate dalla sola avversione verso il loro orientamento sessuale (su tale vulnerabilità DOLCINI 2011, cit., 24, nonché ID. 2012, 9) e ciò rende

urgente e pienamente giustificato l'intervento del legislatore e innanzitutto del legislatore penale, il quale, proprio in ragione del "trattamento differenziato dei distinti", imposto dall'art. 3 della Costituzione italiana, come declinato alla luce del principio di ragionevolezza, dovrà approntare una tutela rafforzata di soggetti che la realtà criminologica dimostra trovarsi in condizioni di debolezza e di vulnerabilità (ID. 2011, 25 ss., nonché ID., 2012, 8-9).

2. Omosessualità e diritto penale nella storia.

Se è noto che non in tutte le epoche storiche l'omosessualità è stata oggetto di condanna – si pensi solo alla antica Grecia ove la distinzione fra omosessualità ed eterosessualità non esisteva ed anzi la relazione affettiva fra giovani *eromenoi* (amati) ed *erastai* (amanti) adulti costituiva un rito di passaggio nel percorso educativo dei fanciulli (GRAGLIA 2012, 55 ss.), così come nell'antica Roma ove l'omosessualità non era né perseguita né oggetto di particolare riprovazione sociale – è altresì vero che storicamente "il primo, più risalente approccio del diritto penale al tema dell'omosessualità consiste nella *repressione*" (DOLCINI 2012, 2).

Per secoli l'omosessualità viene additata come comportamento moralmente riprovevole, condannato dalle Sacre Scritture (su cristianesimo e omosessualità si rimanda a TOMASSONE 2012, 1 ss.) e previsto come delitto capitale in molte legislazioni penali. Come osserva Foucault, nei secoli precedenti la fondazione della psichiatria nell'800, chi commetteva "atti contro natura" veniva considerato o peccatore o reo perché trasgrediva o la legge divina o la legge umana o entrambe.

E' nel settecento, con l'epoca dei lumi, in particolare nel pensiero di Cesare Beccaria, precursore dell'idea di reato quale fatto dannoso socialmente, quale forma di offesa a beni giuridici (sul pensiero di Beccaria si veda TESSITORE, 2008, 15), che ci si affranca dalla idea di punire l'omosessualità, in quanto, nelle parole di Bentham, 'reato senza vittima' (sul punto DOLCINI 2012, cit., 2, PINKER 2011, 449). Nel 1791 si assiste in Francia alla abolizione della pena di morte per il delitto di sodomia e nel 1810 il *Code Pénal* napoleonico abroga il delitto (WINKLER-STRAZIO 2011, cit., 40).

Si deve a Voltaire e a Montesquieu la proposta di decriminalizzare l'omosessualità (PINKER, *ibidem*).

Il sodomita, secondo la terminologia dell'epoca, viene costituito come soggetto omosessuale dalla psichiatria e concepito come soggetto malato, suscettibile di cura, nel corso del XIX secolo (GRAGLIA, cit., 53), secolo nel quale leggi antisodomia vengono nuovamente emanate, specie nell'ordinamento americano nella seconda metà dell'800, e la penalizzazione del reato permane anche in Europa, ove viene emanato, nel 1871, il paragrafo 175 del Codice penale tedesco (*StGB*), il quale incriminava i rapporti sessuali fra persone di sesso maschile, previsione che resterà in vigore, nonostante i suggerimenti in direzione abolizionista provenienti dalla dottrina tedesca (specie psichiatrica) (sul punto GRAGLIA, cit., 55), fino al 1969 (DOLCINI 2012, 4).

Nel panorama italiano, non ci si può esimere dal ricordare la prima significativa svolta in senso abolizionista operata dal Codice Zanardelli del 1889, nella direzione di

una separazione fra morale e diritto, scelta seguita anche nel Codice Rocco, benché non senza l'opposizione della dottrina penalistica del tempo (diffusamente ID., 5 ss.)

E', tuttavia, solo nel XX secolo che si assiste ad una più ampia decriminalizzazione dell'omosessualità. In particolare, a partire dagli anni sessanta del novecento la maggior parte dei Paesi democratici adotta legislazioni penali nella quali non compare il delitto di sodomia, e ciò in ragione della prevalenza del diritto alla vita privata - diritto affermato anche a livello giurisprudenziale sia nel contesto europeo, negli anni ottanta (si pensi al noto caso *Dudgeon* risolto dalla Corte Europea dei diritti umani), sia oltreoceano, nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (caso *Lawrence*, 2003) - e riconosciuto anche nel contesto internazionale (PINKER 2011, cit., 449 ss., nonché WINKLER-STRAZIO, cit., 45 ss., 52 ss.). E' del 1961 la prima legislazione americana abolizionista (Illinois), così come abolizionista è il *Model Penal Code* (PINKER, *ibidem*).

A livello internazionale, sia l'Organizzazione degli Stati americani, nel 2008, sia l'Unione europea nello stesso anno, hanno formulato delle dichiarazioni finalizzate a porre all'attenzione dell'agenda politica la discussione in materia di diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere e a promuovere la decriminalizzazione dei rapporti omosessuali. Nonostante tali importanti iniziative internazionali, puntualmente osteggiate dalla Santa Sede, e nonostante la ratifica da parte di molti Paesi del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 - che garantisce l'immunità di ciascuno da interferenze illecite nella vita privata - sono ancora numerosi i Paesi che prevedono quali fatti penalmente rilevanti puniti anche assai gravemente, persino con la pena capitale (sullo *status* della pena di morte nel mondo v. GOISIS 2008, 1670 s.), i rapporti sessuali fra soggetti dello stesso sesso: fra questi, Paesi come l'Afghanistan, l'Arabia Saudita, gli Emirati Arabi Uniti, l'Iran, la Nigeria, la Mauritania, il Pakistan, il Sudan e lo Yemen (ID., cit., 55). Oggi, l'omosessualità è dunque stata legalizzata in oltre 120 Paesi e rimane penalizzata in circa 80 Paesi diffusi in Africa, Oceania e nei Paesi islamici (PINKER 2011, 449, nonché JANSEN-SPIJKERBOER 2011, 23).

3. La percezione sociale dell'omosessualità e l'omofobia nella ricerca criminologica. Brevi cenni.

La sopravvivenza nella legislazione penale di molti Paesi dell'incriminazione dei rapporti omosessuali induce a nostro avviso ad una seppur breve indagine circa la percezione sociale di tali comportamenti, indagine resa possibile dall'apporto fondamentale della ricerca criminologica. Davvero la sopravvivenza di norme penali che incriminano l'omosessualità trova una rispondenza nel sentire sociale?

La risposta, alla luce delle attuali acquisizioni criminologiche, è negativa.

In questa tradizione di studi, si segnala come significativo lo studio di Sellin e Wolfgang che ha tentato di valutare il grado di gravità di alcuni comportamenti tra i quali la violenza sessuale, la prostituzione, l'incesto, gli atti di libidine, la corruzione di minore, l'omosessualità, l'adulterio, l'esibizionismo, i rapporti con minorenni, le

molestie telefoniche. Tale ricerca è stata replicata negli stessi termini da alcuni criminologi italiani (Delogu e Giannini), agli inizi degli anni '80: prendendo in considerazione le valutazioni di un campione molto ampio di soggetti (studenti universitari, studenti di liceo, appartenenti alle forze dell'ordine, magistrati, uomini politici e di Chiesa, detenuti e cittadini qualsiasi), i due studiosi rilevano, tra l'altro, come le forme minori di violenza sessuale e i comportamenti ascrivibili - se ascrivibili - a mere devianze sessuali, come i rapporti sessuali fra minori, la lettura di riviste pornografiche, l'omosessualità, la frequentazione di prostitute, l'amore di gruppo, nella percezione sociale, non rivestono la qualità di comportamenti gravi. Secondo ricerche più recenti, ascrivibili a Calvanese, poi, alcuni di questi comportamenti come ad esempio la consultazione di materiale pornografico suscitano indifferenza; l'omosessualità è considerata una scelta libera nei cui confronti non si esprime alcuna disapprovazione e per cui non è ritenuto necessario alcun intervento da parte delle istituzioni (su tali studi si rimanda a PONTI-MERZAGORA-BETSOS, 2008, 286-7, nonché a CALVANESE 2008).

Analogamente i sondaggi d'opinione condotti nell'ordinamento statunitense evidenziano una progressiva accettazione ed un processo di vera e propria integrazione della comunità omosessuale nella società americana a partire dagli anni settanta, coincidenti con la iniziale decriminalizzazione della sodomia, sino al collasso delle ultime legislazioni antisodomite, dichiarate infine illegittime alla luce della Costituzione americana nel caso *Lawrence* del 2003, deciso dalla Corte Suprema sulla base del principio della autonomia individuale e della inammissibilità di un utilizzo del potere statale al fine di affermare principi religiosi e tradizioni (su tali sondaggi e sulla decisione *Lawrence*, si veda PINKER 2011, 450-2). In particolare, dai sondaggi Gallup più recenti, aggiornati al 2009, emerge che la tolleranza - peraltro parola ambigua - verso l'omosessualità è diffusa (*Ibidem*).

Ecco dunque che vi è uno scollamento fra quelle che sono le previsioni legislative di molti ordinamenti giuridici e la percezione sociale della omosessualità oggi. D'altro canto, la percezione della non necessità di interventi istituzionali in materia potrebbe riverberarsi sulla attenuata tutela giuridica di tali gruppi di minoranza, per i quali spesso non si coglie la necessità di una protezione rafforzata.

La ricerca criminologica indaga, sotto altro profilo, anche la peculiarità dei delitti a sfondo omofobico, inquadrandoli in una categoria - quella dei crimini d'odio, o *hate crimes*: si parla in particolare nel contesto americano di *gay-bashing*, intendendosi con tale espressione forme di aggressione dettate da motivi legati alla omosessualità della vittima (PINKER 2011, 447 s.). Tale categoria di crimini presenta una particolare gravità a cagione del disvalore dell'odio (omofobico) che li sottende e li ispira. Come è stato recentemente affermato si tratta di "*delitti speciali*" perché l'agente traduce "*in fatto*" un atteggiamento diffuso di omofobia "*istituzionalizzata*" (WINKLER-STRAZIO, cit., 109-110). Ad aggravare tali crimini vi è poi la circostanza che essi si commettono assai spesso da parte di gruppi riuniti ai danni di una sola vittima.

Nel contempo, la criminologia sottolinea gli effetti dannosi che i crimini a sfondo omofobico generano sulla vittima: la rielaborazione del trauma sarebbe ostacolata e resa particolarmente lunga in ragione della indifferenza che tali episodi

suscitano nell'ambito del contesto socio-culturale circostante (su tali studi si veda ID., cit., 111).

Si sottolinea, infine, nella letteratura criminologica, come anche sul terreno dei crimini d'odio, e in particolare del *gay-bashing*, il noto problema del numero oscuro sia particolarmente grave: la maggior parte delle violenze, siano esse fisiche o verbali (*hate speech*) restano prive di denuncia, o per la convinzione della vittima di non aver subito alcun reato o anche per il timore di doversi dichiarare alla polizia, o ancora per l'alto numero di denunce di tale natura. Sostanzialmente, secondo dati provenienti dal governo inglese, solo 3 su 4 vittime di crimini omofobici hanno denunciato alla polizia l'aggressione subita e 7 su 10 vittime non hanno parlato con nessuno dell'episodio che li ha visti vittimizzati (su tale studio, condotto con il patrocinio dell'*Home Office* inglese, si veda DICK 2008, 5 ss.).

Da ultimo, benché spesso - anche nell'attuale dibattito parlamentare in materia di omofobia - tale argomentazione venga invocata, la dottrina criminologica chiarisce come l'omosessualità nulla abbia a che vedere con la pedofilia, inquadrata come una psicopatologia (A.A.V.V 2002, 577).

4. Le recenti previsioni di legge contro l'omofobia nel panorama europeo e anglosassone.

A fronte della acquisizione criminologica circa la gravità dei crimini d'odio, e fra questi dei crimini a sfondo omofobico, sono molte le legislazioni che hanno scelto di punire gli atti di discriminazione nei confronti degli omosessuali (e più in generale delle persone LGBT).

Guardiamo dapprima al contesto anglosassone da cui abbiamo preso le mosse e in particolare guardiamo oltreoceano. Nell'ordinamento statunitense, secondo il *Federal Civil Rights Law* del 1964, 18 U.S.C. par. 245 (b) (2), costituisce reato la violenza (o il tentativo di violenza) ed anche l'interferenza nell'esercizio dei diritti individuali di soggetti a cagione della razza, del colore, della religione o della nazionalità. A far data dal 2009, con il c.d. *Matthew Shepard Act*, o anche *Matthew Shepard and James Byrd, Jr Hate Crime Prevention Act*, dal nome di un uomo di colore assassinato in Texas negli anni novanta, accanto a tali fattori di discriminazione, è stato aggiunto anche l'orientamento sessuale, cosicché esiste oggi una tutela specifica contro gli atti di violenza omofobica (PINKER, cit. 453; WINKLER-STRAZIO, cit., 113, nonché il sito www.justice.gov). Tale legge è stata intitolata altresì a Shepard, a seguito di un episodio che ha visto protagonista quest'ultimo, uno studente gay del Wyoming, nel 1998, di un pestaggio e di sevizie che hanno condotto sino alla morte. In particolare, sulla scia di tali fatti, la maggioranza degli Stati americani si è dotata oggi di *hate-crime laws* le quali prevedono un inasprimento del trattamento sanzionatorio - leggi che hanno dunque scelto la via della previsione di una *circostanza aggravante*, anziché della figura autonoma di reato - per la violenza omofobica, motivata dalla cd. *sexual orientation* della vittima (nonché motivata da odio razziale, religioso, o dall'identità di genere) (PINKER, cit., *ibidem*).

Analogamente nel panorama anglosassone si segnala l'esperienza del Regno Unito. Nel Regno Unito non si rinviene una specifica definizione legislativa dell'omofobia, tuttavia tale fenomeno viene punito nel quadro più generale della repressione dei reati connotati dall'odio razziale o religioso verso le vittime, così come dalla discriminazione in ragione del loro orientamento sessuale (*hate crime*).

Già il *Criminal Justice Act* del 2003 prevedeva all'art. 146 un aggravamento di pena qualora l'atto criminoso fosse ispirato da avversione verso l'orientamento sessuale (anche solo presunto) della persona. Nel 2007 è stata proposta una legge contro l'omofobia, osteggiata dalla comunità cristiana inglese, nell'ambito del *Criminal Justice and Immigration Act*, approvato successivamente nel 2008. Tale legge prevede, all'art. 74, che sia emendata la Parte IIIA del *Public Order Act* del 1986 (c. 64), che contempla i crimini ispirati da odio religioso, affinché vengano sanzionati similmente anche i crimini motivati dall'odio verso un gruppo di persone definite in ragione dell'orientamento sessuale (www.legislation.gov.uk).

Significativo è che la Parte IIIA del *Public Order Act* appresti una tutela contro i crimini d'odio religioso, accanto ad una articolata disciplina dedicata ai crimini d'odio razziale, trasfusa nella Parte III del medesimo Atto, disciplina su cui vengono ricalcati i crimini d'odio religioso e oggi omofobico: si tratta, in particolare, tra le altre, di condotte riconducibili a violenze fisiche o verbali (*hate speech*), nonché all'esposizione, alla pubblicazione e alla diffusione di materiale offensivo, ispirate da odio razziale, ossia odio in ragione del colore, della razza, della nazionalità o della origine etnica o nazionale (Parte III, 17-18-19, *Racial Hatred*). Condotte che evidentemente pongono problemi, come tutti i crimini d'odio, se riguardati alla luce dei principi costituzionali e penalistici, sotto il profilo, profilo cui, nell'economia del presente lavoro, si fa solo cenno, della libertà di espressione (sui recenti orientamenti della *Edu*, POLI 2012, 1) e soprattutto sotto il profilo della creazione – problematica alla luce del principio di offensività – di nuovi reati d'opinione (DOLCINI 2011, 25 s.). La stessa legge del 2008, tuttavia, a tutela della libertà d'espressione, esclude dalla nozione di *hatred on the ground of sexual orientation* la formulazione di opinioni critiche riferite a determinate condotte o pratiche sessuali, oppure le esortazioni a modificare o a non porre in essere tali condotte o pratiche.

Una formulazione del significato di omofobia è stata tuttavia fornita dal *Crown Prosecution Service* (CPS), organo cui compete l'esercizio dell'azione penale nell'ordinamento inglese. L'esercizio dell'azione penale negli ordinamenti anglosassoni è affidato, a differenza che nei paesi di *civil law* ove vige il principio di obbligatorietà, alla discrezionalità dell'organo dell'accusa². Occorre precisare che organo dell'accusa è generalmente il *prosecutor*, ma talora l'iniziativa è lasciata – è il caso dell'ordinamento inglese - anche alla polizia. In Inghilterra, tuttavia, il *Prosecution of Offences Act* del 1985 ha stabilito che il *Crown Prosecution Service* (CPS) assume il compito di esercitare

² Sulla discrezionalità del *prosecutor* erroneamente equiparato al pubblico ministero, mentre egli agisce sia come accusa pubblica che come accusa privata, in accordo alla tradizione di *common law* caratterizzata dall'origine privata dell'accusa, vedi FANCHIOTTI 1987, 85 ss.

l'azione penale in luogo della polizia. Ebbene, il CPS ha stilato linee-guida da seguire nei casi di violenza omofobica, individuando il movente omofobico come ricorrente ogni volta che esso sia percepito come tale, indifferentemente dal reo o dalla vittima, in ragione del suo orientamento sessuale, oppure da terzi (CPS 2007, 1 ss.)

Nel panorama europeo, senz'altro emblematica è l'esperienza francese. In particolar modo, anche nell'ordinamento giuridico francese, la tutela contro la violenza omofobica è stata affidata *in primis* ad una *circostanza aggravante*. Come emerge anche dalle note informative sintetiche di accompagnamento ai progetti di legge antiomofobia in Italia (cfr. <http://documenti.camera.it>), la Francia ha assistito negli ultimi anni ad un aumento significativo di atti a carattere omofobico e per combattere tali fenomeni ha emanato alcune leggi significative. Da un lato, la legge 2003-239 del 18 marzo 2003 che al Capitolo IX prevede *Disposizioni relative alla lotta contro l'omofobia*. La legge ha introdotto l'art. 132-77 nel codice penale francese prevedendo con tale norma una circostanza aggravante qualora il reato - crimine o delitto nell'ambito della tripartizione francese - sia "commesso in ragione dell'orientamento sessuale della vittima", e chiarendo che "la circostanza aggravante è integrata allorché il reato è preceduto, accompagnato o seguito da propositi, scritti, utilizzo di immagini o oggetti o atti che attentano all'onore o alla reputazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima fa parte in ragione del loro orientamento sessuale vero o supposto" (cfr. DOLCINI 2011, 34-5, nonché www.legifrance.gouv.fr)³.

Deve dunque trattarsi di elementi oggettivi che permettano di caratterizzare in modo preciso e concreto la motivazione omofobica del comportamento incriminato. La stessa legge ha previsto all'art. 132-76 una analoga aggravante per gli atti ispirati da odio razziale, xenofobo o antisemita, a riprova di come - lo si diceva pocanzi - la tutela giuridica contro le discriminazioni razziali e contro le discriminazioni omofobiche corrano su binari paralleli e seguano percorsi contigui.

Anche la successiva *loi n. 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* del 9 marzo 2004, apportando altre modifiche al codice penale francese, ha disposto un aggravamento di pena in caso di discriminazione omofobica, prevedendo tale aggravamento di pena anche per reati contro il patrimonio come il furto e l'estorsione, nonché per il reato di minacce (artt. 228-18-1, 311-4, 312-2 del *Code pénal*) (MINISTÈRE DE LA JUSTICE 2004, 6 ss.).

In particolare, la novella francese prevede l'ergastolo in sostituzione della pena della reclusione sino a trent'anni nel caso dell'omicidio volontario. Sono previste altresì pene aggravate nel caso della tortura e nel caso dell'omicidio preterintenzionale (20 anni di reclusione anziché 15 anni), nel caso di violenze da cui conseguano lesioni gravissime (15 anni anziché dieci anni di reclusione, accompagnata dalla pena dell'*amende* di 150.000 Euro), altresì nel caso della violenza sessuale (20 anni di

³ Recita la norma: « Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime. La circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur orientation sexuelle vraie ou supposée ».

reclusione anziché 15 anni), nel caso delle minacce (con pene differenziate a seconda della gravità della minaccia), del furto (5 anni di *emprisonnement*, accompagnati dalla pena d'*amende* di 75.000 Euro, anziché 3 anni e 45.000 Euro), dell'estorsione (10 anni di reclusione e 150.000 Euro d'*amende*, al posto di 7 anni e 100.000 Euro) (cfr. ID., cit., 7 s.).

Occorre ricordare tuttavia che la legislazione francese si caratterizza anche per la previsione della discriminazione quale *autonoma figura di reato*. All'art. 225-1 del Codice penale francese si ritrova infatti una definizione della discriminazione come "qualsiasi distinzione operata fra le persone fisiche in ragione anche dell'orientamento sessuale". L'art. 225-2 chiarisce innanzitutto la sanzione prevista per tale reato: la pena a tre anni d'*emprisonnement* unitamente alla pena dell'*amende* pari a 45.000 Euro.

La norma specifica poi in quali condotte possa estrinsecarsi la discriminazione: rifiuto di fornire beni o servizi, ostacolo al normale esercizio dell'attività economica, rifiuto di assumere una persona, sanzione o licenziamento della persona, a cagione del suo orientamento sessuale, subordinare la prestazione di un bene o servizio, l'offerta di un impiego, una domanda di tirocinio o un periodo di formazione a condizioni relative all'orientamento sessuale della persona. La norma prevede poi un aggravamento di pena laddove il fatto sia commesso in luogo pubblico o al fine di impedire l'accesso ad un luogo pubblico⁴. L'art. 433-7 prevede altresì una pena aumentata (5 anni di reclusione e 75.000 Euro di *amende*), laddove il reato sia commesso da un pubblico ufficiale o da incaricato di pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio.

Tali aggravamenti di pena sono stati introdotti anch'essi dalla legge 2004-204 del 9 marzo 2004, la quale, in considerazione della gravità dei fenomeni discriminatori presenti nella società francese, ha disciplinato i più diversi motivi di discriminazione: familiari, in ragione di handicap, del sesso, della condizione di maternità, di caratteristiche genetiche, dell'orientamento o dell'identità sessuale, dell'età, delle convinzioni politiche, della appartenenza o non appartenenza, vera o supposta, ad una etnia, una nazione, una razza, o una religione determinata (MINISTÈRE DE LA JUSTICE 2004, 9 ss.). Diverse ipotesi di reato sono previste anche nella legge francese sulla stampa con riferimento alla istigazione pubblica alla discriminazione sulla base

⁴ Recita l'art. 225-1 del codice penale francese, come modificato da ultimo dalla legge n. 954/2012 del 6 agosto 2012: « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Prosegue l'art. 225-2 del c.p. francese: « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste: 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale. Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende ».

dell'odio o della violenza nazionale, razziale o religiosa, alla contestazione di crimini contro l'umanità, alla diffamazione e all'ingiuria pubblica razziale, e non pubblica.

Può essere utile ricordare che la legge 2004-204, modificando l'art. 131-3 *c.p.*, ha creato una nuova *peine*, chiamata *stage de citoyenneté*, finalizzata a ricordare all'autore di reato, specie all'autore di atti razzisti, antisemiti od omofobici, i valori repubblicani della tolleranza e del rispetto della dignità umana su cui si fonda la società. Essa può essere pronunciata tutte le volte che il delitto sia punito con la pena d'*emprisonnement* e può essere inflitta in diversi stadi del processo giudiziale (*Ibidem*). Una sanzione assimilabile al lavoro di pubblica utilità, previsto anche nei Progetti di legge italiani antiomofobia, sulla cui effettività nella prassi la dottrina penalistica avanza da tempo numerosi dubbi (PALIERO 1986, 88 ss., DOLCINI 2011, 37).

La precisa e dettagliata disposizione del combinato disposto degli artt. 225-1 e 225-2, coerente al principio di precisione e di tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale, viene non a caso indicata dalla dottrina italiana più avveduta quale esempio di figura di reato capace di incriminare gli atti di discriminazione per motivi omofobici senza incorrere nelle numerose riserve che l'incriminazione dei crimini d'odio può portare con sé, tra cui il già ricordato rischio di creazione di nuovi reati d'opinione (DOLCINI 2011, 28-9).

Al pari della Francia, il Belgio prevede a partire dal 2007 una articolata disciplina che accanto alla previsione dell'aggravante omofobica, contempla anche specifici reati ispirati da disprezzo verso l'orientamento sessuale della vittima. Nel 2007, a seguito della sentenza n. 157 del 2004 della *Cour d'arbitrage* (la Corte costituzionale belga) che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni di una precedente legge del 2003, è stato approvato un nuovo pacchetto di leggi federali anti-discriminazione. La legge del 10 maggio 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* ha riformato la normativa preesistente in materia di discriminazione, comprendendovi le discriminazioni a carattere omofobico. La legge del 2007 - dopo aver significativamente definito all'art. 21 la discriminazione, ai fini della legge penale, come "ogni forma di discriminazione diretta intenzionale o indiretta intenzionale, di ingiunzione a discriminare o di molestia, fondata su uno dei criteri protetti (...)", tra i quali l'orientamento sessuale - ha previsto la penalizzazione di taluni atti e comportamenti discriminatori di natura omofobica come il reato di incitamento pubblico e non pubblico alla discriminazione (ex art. 444 del *Code Pénal*): è punibile con una pena da un mese ad un anno di reclusione e/o un'ammenda da 50 a 1.000 euro chiunque inciti alla discriminazione, all'odio, alla violenza o alla segregazione nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di uno dei criteri protetti; nonché il reato di discriminazione commessa da funzionario o pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei loro membri, in ragione di uno dei criteri protetti, tra i quali l'orientamento sessuale (pena da due mesi a due anni di reclusione).

Il Titolo VII della legge del 2007 ha inoltre modificato il codice penale inserendo il movente fondato sull'orientamento sessuale tra le circostanze aggravanti per alcuni reati, quali l'aggressione, l'omicidio, lo stupro, lo *stalking*, l'incendio doloso, la diffamazione e la calunnia, la profanazione di tombe, gli atti di vandalismo ed altri

(artt. 377-bis, 405-quater, 422-quater, 438-bis, 453-bis, 514-bis, 525-bis, 532-bis, 534-bis). E' previsto, infatti, che quando un reato sia commesso avendo come movente "l'odio, il disprezzo o l'ostilità nei confronti di una persona in ragione (...) del suo orientamento sessuale" le sanzioni siano aggravate (artt. 33 – 42 c.p.) (CDD 2009).

Quanto alla Germania, ove – lo si ricordi – l'omosessualità ha costituito reato sino al 1969, nella nota previsione del § 175 *StGB* e ove sino al 1994 l'omosessualità maschile fra minori è stata penalizzata (DOLCINI 2012, 4), lo *Strafgesetzbuch* prevede una disciplina repressiva della violenza omofobica all'art. 130, comma 1. Tale norma dispone che chi, in maniera tale da disturbare la pace pubblica, incita all'odio o alla violenza contro elementi della popolazione o lede la dignità di altre persone attraverso insulti o offese è punito con una pena detentiva da tre mesi a cinque anni. Il comma 2 dell'articolo 130 prevede altresì una pena detentiva fino a tre anni o una pena pecuniaria per chi commette gli stessi illeciti attraverso la diffusione di opere scritte. Nella definizione data all'articolo 130 rientra anche la discriminazione effettuata in ragione dell'orientamento sessuale, sebbene la norma non faccia un esplicito riferimento al *background* omofobico di colui che perpetra il reato⁵.

Al fine di tutelare le vittime di reati motivati dall'orientamento sessuale, i *Länder* Brandeburgo, Maclemburgo, Pomerania occidentale e Sassonia-Anhalt hanno depositato al *Bundesrat*, nell'agosto del 2007, alcune proposte di modifica del codice penale tedesco laddove, all'art. 46, disciplina le circostanze aggravanti, al fine di prevedere come circostanza aggravante il fatto di commettere un reato in ragione dell'orientamento sessuale della vittima (*sexuelle Orientierung des Opfers*). Il progetto di legge del *Bundesrat* è stato trasmesso al *Bundestag* nel mese di agosto 2008, ma non è stato più oggetto d'esame nel corso della XVI legislatura⁶.

In Spagna, infine, nell'ambito del Codice penale esistono disposizioni riguardanti la discriminazione in base all'orientamento sessuale, fatta oggetto di *autonome previsioni di reato* e si considera il movente omofobico come *circostanza aggravante* di alcune reati. Al Capitolo IV del Codice penale spagnolo, dedicato ai delitti commessi in occasione dell'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche garantite dalla Costituzione, in particolare agli artt. da 510 a 521, si prevede una disciplina dettagliata che incrimina gli atti di discriminazione per motivi omofobici. L'art. 510 prevede una pena da uno a tre anni di reclusione e da sei a dodici mesi di multa (*días-multa*) per il reato di incitamento all'odio e alla violenza contro gruppi e associazioni, anche in ragione delle tendenze sessuali dei loro membri. La stessa pena è prevista per coloro che diffondono consapevolmente informazioni false e ingiuriose su gruppi e associazioni, anche in ragione delle tendenze sessuali dei loro membri (art. 510, 2). L'art. 511 punisce la discriminazione commessa da un incaricato di pubblico servizio e consistente nel rifiuto ad uno o più individui del beneficio di un diritto accordato dalla legge sulla base delle loro tendenze sessuali. È prevista una pena da sei mesi a due anni di *prisión* ed una multa (*días-multa*) da dodici a ventiquattro mesi oltre

⁵ Si veda, in generale, sul diritto penale tedesco, FORNASARI-MENGHINI 2005, 39 ss., nonché CDD 2009.

⁶ Il testo di tale progetto di legge è reperibile al sito <http://dip21.bundestag.de/dip21/brd/2007/0572-07.pdf>.

ad una speciale interdizione dal pubblico impiego o posizione per un periodo da uno a tre anni. Le stesse sanzioni sono applicabili nel caso di fatti commessi contro associazioni, fondazioni, società o contro i loro membri per motivi omofobici. Se l'autore della discriminazione è un pubblico ufficiale, il reato sarà punito con una pena pecuniaria (*días-multa*) più elevata e con l'interdizione dal pubblico impiego per un periodo da due a quattro anni.

E' prevista altresì all'art. 512 l'incriminazione del rifiuto da parte di privati nell'esercizio delle loro attività professionali o manageriali di fornire prestazioni a soggetti che ne abbiano diritto per motivi legati, tra l'altro, alle tendenze sessuali. La sanzione consiste nell'interdizione dall'esercizio della professione, occupazione, impresa o commercio, per un periodo da uno a quattro anni.

Infine l'art. 515, 5 considera illegali le associazioni "che promuovano o ispirino discriminazione, odio o violenza contro persone, gruppi o associazioni sulla base, tra l'altro, dell'orientamento sessuale". L'art. 517 stabilisce le pene applicabili: per i fondatori, direttori e presidenti delle associazioni incriminate è prevista una pena detentiva da due a quattro anni e la speciale interdizione dai pubblici impieghi per un periodo da sei a dodici anni; per i membri attivi una pena da uno a tre anni di detenzione ed una sanzione pecuniaria da 12 a 24 mesi di *días-multa*.

Si osservi, per inciso, che a far data dal 1995, con l'introduzione del nuovo codice penale, l'ordinamento spagnolo ha accolto il sistema di commisurazione della pena pecuniaria dei tassi giornalieri (*días-multa*), di derivazione scandinava: l'art. 50 del codice penale spagnolo prevede dei limiti minimi e massimi sia con riferimento ai giorni-pena – da dieci giorni a due anni – sia con riferimento all'ammontare del tasso giornaliero che può variare da due a quattrocento Euro (art. 50, comma 3 e 4 *c.p.*)⁷. In accordo con l'art. 50 *c.p.*, la capacità economica del reo, essenziale ai fini della individuazione del valore della quota giornaliera (o tasso), si determina tenendo conto della totalità della situazione economica del reo, contando non solo l'attivo, ma anche il passivo, e a partire da tale valore fissando la capacità media giornaliera di consumo del reo, che dovrà essere ridotta fino al minimo necessario per il suo sostentamento.

Infine il *Código Penal español* prevede, all'art. 22, 4 *c.p.*, quale *circostanza aggravante* il movente omofobico con riferimento a diversi reati. L'articolo, che prevede il regime generale delle circostanze, contempla, tra le altre circostanze comuni, la seguente: "*son circunstancias agravantes: (...) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad*".

Previsioni incriminatrici sono previste infine a tutela dei lavoratori discriminati per il loro orientamento sessuale (art. 314 *c.p.*): "*Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de*

⁷ Si rimanda sul tema a MOLINA BLÁZQUEZ, 2005, 56; nonché di recente GOISIS 2012, 10 s.

los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

Occorre, da ultimo, ricordare che non mancano legislazioni straniere le quali hanno dato alle norme antiomofobia una veste e una garanzia costituzionale. Il Portogallo rappresenta il primo Paese dell’Unione Europea ad aver previsto una protezione costituzionale contro la discriminazione fondata espressamente sull’orientamento sessuale. Con la legge costituzionale n. 1/2004, entrata in vigore il 31 luglio 2004, la Costituzione portoghese è stata infatti emendata ed è stato incluso l’orientamento sessuale fra i fattori di discriminazione oggetto di divieto. Il nuovo art. 13, comma 2, della Costituzione stabilisce che “nessuno potrà essere privilegiato, beneficiato, giudicato, privato di qualsiasi diritto o esonerato da qualsiasi dovere a causa dell’origine, del sesso, della razza, della lingua, del territorio di provenienza, della religione, delle convinzioni politiche o ideologiche, dell’istruzione, della situazione economica, della condizione sociale o dell’orientamento sessuale”. In questa stessa direzione si sono posti altri Paesi come il Sud Africa, nel 1993, le isole Fiji, nel 1997, l’Ecuador, nel 1998, e la Svizzera nel 1999 (si veda sul punto CDD 2009).

Se l’esperienza francese degli strumenti penalistici di contrasto all’omofobia può considerarsi, accanto a quella anglosassone, esemplare, non si può mancare di sottolineare che in questa stessa direzione si sono posti in tempi assai recenti anche altre legislazioni europee, distintesi per una minor attenzione ai diritti umani.

Mi limito a citare l’introduzione nel codice penale della Georgia, considerata tradizionalmente un Paese tra i più arretrati nella tutela dei diritti delle persone LGBT⁸, di una aggravante laddove il reato sia commesso per ragioni di odio omofobico o transfobico, così esplicitamente menzionandosi accanto alla razza, alla lingua, alla religione, l’orientamento sessuale e l’identità di genere. La riforma sembra essere il frutto delle Raccomandazioni dell’Ecri, l’*European Commission against Racism and Intolerance* in seno al Consiglio d’Europa, che aveva condotto un Rapporto sulle ripetute violenze e aggressioni omofobiche occorse nel Paese (YAO 2012, 1).

In Ungheria, diversamente, si è scelta la via della previsione quale fattispecie di reato del crimine d’odio commesso in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere della vittima: benché gli atti di discriminazione omofobica fossero punibili già nella previgente legislazione, la menzione esplicita di tali fattori di discriminazione segnala una precisa presa di coscienza da parte del legislatore penale della realtà degli *hate crimes* (ID., 2012, 1).

⁸ Nella mappa pubblicata da *Ilga Europe*, la scala di protezione procede da -7, ossia una situazione di grave compromissione e sottotutela dei diritti umani con riferimento alle persone LGBT, sino ad un massimo di protezione pari a 17. L’Italia si colloca, in tale scala, a livello 0, insieme a Lituania e Malta. La Georgia si colloca sotto lo zero, insieme a numerosi altri Paesi europei. Cfr. CHIULLI 2012, 62.

In definitiva, l'esperienza comparata consente di concludere in primo luogo nel senso della irrinunciabilità e della urgenza di una legge di contrasto alla omofobia – un Paese che voglia dirsi civile non può rinunciare all'imperativo della tutela rafforzata dei gruppi di minoranza in ragione della loro vulnerabilità, acclarata dai dati statistici e dalla realtà empirica e criminologica dei crimini d'odio (DOLCINI 2012, cit., 1).

Dalle esperienze comparate traiamo anche una seconda preziosa lezione: tra gli strumenti penalistici di contrasto dei crimini d'odio, sia esso razziale od omofobico, estremamente efficace appare il ricorso alla previsione di una *circostanza aggravante*, laddove il reato sia ispirato dall'odio, soluzione ritenuta infatti preferibile da una parte della dottrina penalistica (ID., 2011, 28). Un'aggravante, lo si sottolinea, prevista in molte legislazioni, quale circostanza da applicarsi non solo nel caso di reati contro la persona, bensì anche nel caso di reati contro il patrimonio.

Tuttavia, l'esperienza francese in particolare - nonché quella spagnola, quella dei Paesi anglosassoni, altresì quella del Belgio e della Germania - consente di ritenere, in presenza di previsioni rispettose della precisione e della tassatività, opportuna la previsione *anche di autonome figure di reato*: una tutela rafforzata nei confronti dei crimini d'odio - riconosciuti quali crimini di particolare gravità dalla dottrina criminologica unanime - non può che passare attraverso una strategia politico-criminale che si serva di *entrambe le tecniche legislative*. Anche se occorre osservare che alla repressione degli *hate crimes*, deve accompagnarsi una strategia di prevenzione della criminalità d'odio: un compito quest'ultimo che non può non passare attraverso la mediazione della cultura.

Ci pare infine di estremo interesse l'esperienza di quei Paesi, come il Portogallo, che hanno inserito in Costituzione un espresso riferimento al divieto di discriminazione per orientamento sessuale: un passo quest'ultimo che garantisce inequivocabilmente il rispetto del principio di uguaglianza nei confronti delle persone LGBT.

5. L'esperienza italiana delle discriminazioni a sfondo omofobico.

L'esperienza italiana in materia di discriminazioni a sfondo omofobico, se confrontata con il panorama legislativo che emerge dall'indagine comparata, è, a dir poco, sconcertante. Il nostro Paese non dispone di alcuna legge antiomofobia, né contempla norme penali, di rango ordinario, che incriminino o aggravino il trattamento sanzionatorio per la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della vittima. Né riferimenti espliciti a tale fattore di discriminazione si ritrovano nella nostra Carta Costituzionale.

Se nel contesto italiano non si discute più in merito alla criminalizzazione delle condotte omosessuali – anche la giurisprudenza più recente riconosce l'omosessualità quale “condizione personale di tutela alla luce dei principi costituzionali del nostro Paese” (dunque motivo di protezione internazionale) (WINKLER 2012, 1) - si dibatte invece in merito all'opportunità e alla legittimità di punire gli atti di discriminazione commessi ai danni delle persone omosessuali, nonché di punire con una pena

aggravata, prevedendo dunque una circostanza aggravante, quei reati commessi in ragione dell'omosessualità della vittima (DOLCINI 2012, 8, nonché ID., 2011, 25 ss.).

La prima proposta – ossia la previsione come autonoma fattispecie di reato degli atti di discriminazione a cagione dell'omofobia – è stata trasfusa nel Progetto di legge (AC 2087, a nome Di Pietro) presentato nell'ottobre del 2009 in Parlamento e finalizzato a modificare la legge di ratifica della Convenzione del 1966 sul razzismo (legge 13 ottobre 1975, n. 654) e il c.d. decreto Mancino, ossia la legge 25 giugno 1993, n. 205, al fine di estendere ai comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia ipotesi delittuose previste per atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi (il progetto prevedeva altresì l'estensione dell'aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 3 del c.d. decreto Mancino anche ai reati commessi per motivi fondati sull'omofobia e sulla transfobia).

La seconda soluzione – la previsione di una circostanza aggravante comune o speciale – è invece stata prospettata nel Progetto di legge unificato AC 2802 e AC 2807, presentato dall'On. Paola Concia nel novembre del 2010: il disegno di legge prevedeva l'introduzione nella parte speciale del codice penale di due aggravanti agli artt. 599-bis e 615-quinquies c.p., con un aumento di pena sino ad un terzo per tutti i delitti contro la persona, ad eccezione dei reati a tutela dell'inviolabilità del domicilio, quando siano commessi “in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa”. Non sono mancate proposte di introduzione dell'aggravante omofobica nel corpo dell'art. 61 c.p., con la previsione di un comma 11-quater, esclusivamente applicabile ai reati non colposi contro la vita e l'incolumità della persona, o la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale (“l'aver commesso il fatto...per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato”, nella proposta Concia-Di Pietro; “l'aver...commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi”, nella proposta Soro) (DOLCINI 2011, 30).

E' a tutti noto che il Parlamento italiano ha sistematicamente respinto i diversi disegni di legge presentati, accogliendo, da ultimo nel luglio del 2011, due questioni di pregiudizialità, basate sul principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, nonché sul principio di legalità (in particolare sul principio di precisione) ai sensi dell'art. 25, comma 2 della Costituzione (ID., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, 2001, 1393 ss.).

Si tratta di questioni che in realtà appaiono entrambe prive di fondamento se riguardate alla luce delle esperienze straniere di cui si è cercato di dar conto nel presente saggio: da un lato il c.d. argomento della ‘discriminazione alla rovescia’ è sconfessato sol che si ponga mente ai dati statistici più recenti sugli *hate crimes* i quali testimoniano la diffusione e la pervasività della violenza omofobica, deponendo nel senso di una *condizione di debolezza e di vulnerabilità* di un gruppo, quello delle persone LGBT, comprovata altresì dalle acquisizioni criminologiche sulla gravità dei crimini d'odio omofobico, condizione che l'imperativo dell'uguaglianza non solo suggerisce, ma impone di tutelare, secondo un principio di tutela differenziata delle situazioni

oggettivamente diverse, in ossequio al principio di ragionevolezza (ID., 2012, 8-9; ID., 2011, 25 ss.).

D'altro canto, l'esperienza comparata mostra inequivocabilmente che l'obiettivo del rispetto del principio di legalità-precisione può essere raggiunto in questa materia, per così dire, 'sensibile': l'esperienza francese lo dimostra. Non solo il legislatore penale può, ma deve impegnarsi nella definizione di ciò che costituisce atto di discriminazione.

Nello stesso senso è possibile definire i contorni dell'espressione "orientamento sessuale", sia essa usata nell'ambito di una fattispecie autonoma di reato o nell'ambito di una circostanza aggravante, espressione che compare in molte delle legislazioni straniere ricordate, senza che essa comporti ardimenti interpretativi e che compare altresì in numerose convenzioni internazionali, oltre ad essere già esplicitamente contemplata nella nostra legislazione ordinaria – nel d.lgs.vo 10 settembre 2003, n. 276 – ove agli artt. 10 e 18, comma 5 si fa 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 età, 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 lavoro⁹.

Né, d'altro canto, i termini omofobia e transfobia, anche alla luce della vasta produzione normativa europea ed internazionale (su cui si rimanda a CDD 2009, cit.) sono privi di referenti definitivi.

In definitiva, condividiamo l'opinione di quella voce autorevole che in dottrina ha definito "*motivazioni di facciata*" le questioni pregiudiziali opposte alle numerose proposte di legge in materia di omofobia (DOLCINI 2012, 8). A confermare tale serio sospetto contribuisce il fatto che, pur dinanzi a svariate formulazioni delle norme antiomofobia (della circostanza aggravante in particolare) proposte, la risposta del Parlamento italiano è stata la medesima.

In attesa di un cambio di rotta nel panorama politico italiano, l'esperienza comparata ci induce a suggerire al legislatore che la miglior tecnica di tutela contro tutte le forme di violenza omofobica dovrebbe avvalersi sia della previsione di

⁹ Prosegue la norma: "(...) 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". L'art. 18, comma 5 prevede altresì sanzioni in caso di violazione dell'art. 10: "in caso di violazione dell'articolo 10 trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché nei casi più gravi, l'autorità competente procede alla sospensione della autorizzazione di cui all'articolo 4. In ipotesi di recidiva viene revocata l'autorizzazione".

fattispecie autonome di reato sia della previsione di una circostanza aggravante, applicabile tuttavia, a differenza che nei disegni di legge sinora discussi, ad una più vasta gamma di reati, compresi quelli contro il patrimonio (sull'esempio dell'art. 3 del c.d. decreto Mancino, a nostro avviso, a tutti i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo).

In questo senso, il compito del futuro legislatore italiano è facilitato laddove si pensi alla presenza nel nostro ordinamento di un sistema di repressione dei crimini d'odio razziale (etnico, nazionale e religioso) che si avvale di entrambe le tecniche legislative predisponendo con la legge del 1975, la c.d. legge Reale, integrata dal c.d. decreto Mancino, una tutela penale efficace.

Da un lato, infatti, vengono previste diverse ipotesi di reato: nella versione originaria della legge Reale, la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico – oggi tale previsione è stata novellata dall'art. 13 della Legge 24 febbraio 2006, n. 85 in materia di reati di opinione sicché non è più incriminata la mera diffusione, espressione palesemente generica, quanto piuttosto la “propaganda” delle medesime idee. Viene altresì previsto, nella versione originaria, il reato di incitamento a commettere atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oggi divenuto a seguito della novella del 2006, “istigazione” al compimento dei medesimi atti. E' vietata altresì ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

D'altro lato, il noto art. 3 del decreto Mancino introduce l'aggravante dell'odio razziale: “per i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, 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”.

E' evidente allora che, pur restando margini ampi di discussione sulla miglior formulazione delle norme penali di contrasto all'omofobia - modellare le norme che prevedono come reato gli atti discriminazione omofobica in maniera rispettosa del principio di precisione sull'esempio di legislazioni straniere, specie quella francese, l'uso dell'espressione “reati commessi per omofobia/transfobia”, piuttosto che “reati commessi in ragione dell'omosessualità o transessualità della vittima, piuttosto che “in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere della vittima”, l'uso del termine “ragione”, “finalità” piuttosto che “motivi” – è alla legge Mancino e al suo collaudato impianto antidiscriminatorio che si deve guardare per contrastare il fenomeno dell'omofobia.

Onde evitare indebite differenziazioni di trattamento sanzionatorio fra i crimini d'odio razziale e i crimini d'odio omofobico (penso per esempio alla pena aumentata fino alla metà di cui all'aggravante dell'odio razziale a fronte di proposte di aumenti sino ad un terzo per l'aggravante omofobica), crimini che corrono si diceva lungo strade parallele, a nostro avviso, l'estensione delle previsioni di tale legge all'orientamento sessuale e all'identità di genere deve essere la via maestra.

Una via preclusa, tuttavia, nel nostro Paese dal pregiudizio e dalla convenienza politica. Sordo è il legislatore italiano dinanzi a questo monito che viene dalla dottrina così come da una parte del mondo politico e della società civile: apprendiamo infatti nel licenziare la presente pubblicazione che la Commissione Giustizia della Camera ha nuovamente respinto, con i voti favorevoli dei partiti Pdl, Udc, e Lega, il nuovo testo di una legge contro l'omofobia e la transfobia la quale prevedeva l'estensione della legge Mancino ai reati motivati dall'orientamento sessuale. La storia, troppe volte, si ripete (v. già DOLCINI 2001, 1393)¹⁰.

A fronte dello oscuro e fosco scenario italiano, lo sguardo comparatistico apre un varco e consente di dire, con le parole di Stefano Rodotà, che, "visitando il mondo, il diritto non è sempre così abominevole. Un altro diritto, quindi, è possibile" (RODOTÀ, in Winkler-Strazio 2011, 11-12).

Il cammino verso quest'"altro diritto", rispettoso della diversità, è nel nostro Paese ancora lungo e accidentato.

¹⁰ La proposta di legge, a firma Di Pietro-Palomba, era stata adottata con i voti dei partiti Pd e Idv. Queste le reazioni dell'On. Paola Concia: "'Mentre oggi nell'ordine veniva eletto il primo presidente americano apertamente schierato a favore del matrimonio omosessuale, tre stati americani approvavano le nozze fra persone dello stesso sesso, la corte costituzionale spagnola difendeva la legittimità della legge sul matrimonio egualitario e il governo francese approvava il testo che fra qualche giorno sarà presentato al Parlamento, in Italia una parte delle forze politiche del Paese sono state capaci di bocciare una norma contro la violenza omofoba e transfobica. Quelle stesse forze politiche credo debbano vergognarsi". Cfr. *La Repubblica*, 7 novembre 2012, *Omofobia, bocciato il testo base. Bloccato da asse Pdl, Lega, Udc*.

Bibliografia essenziale:

A.A.V.V., *DSM-IV-TR: manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Masson, 2002.

BOLOGNINI (a cura di), *Report. Omofobia in Italia 2010*, reperibile al sito www.arcigay.it.

BOLOGNINI (a cura di), *Report. Omofobia in Italia 2011*, reperibile al sito www.arcigay.it.

CALVANESE, *La reazione sociale alla devianza. Adolescenza fra droga e sessualità, immigrazione e giustizialismo*, Milano, 2008.

CAMERA DEI DEPUTATI, *Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, 9-12-2009, in <http://documenti.camera.it>.

CHIULLI, *Maledetti froci & maledette lesbiche. Libro bianco (ma non troppo) sulle aggressioni omofobe in Italia*, Roma, 2010.

CHIULLI, *Out. La discriminazione degli omosessuali*, Ed. internazionali riuniti, 2012.

CPS, *Policy for Prosecuting Cases of Homophobic and Transfobic Hate Crimes*, 2007 reperibile al sito www.cps.gov.uk.

DICK, *Homophobic Hate Crime. The Gay British Crime Survey 2008*, al sito www.stonewall.org.

DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, 24 ss.

Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 1393 ss.

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*, 14 maggio 2012, 1 ss.

FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Torino, 1987.

FBI, *Uniform Crime Report, Hate Crime Statistic 2010, 2012*, reperibile al sito www.fbi.gov.

FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005.

FOUCAULT, *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975. *Sorvegliare e punire*, La nascita della prigione, trad. it. di Alceste Tarchetti, Einaudi tascabili, 1993.

FREDERICK M. LAWRENCE, *Punishing hate: bias crimes under american law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

GOISIS, *La revisione dell'art. 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1655 ss.

GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in questa Rivista, 2012, 10 s.

GRAGLIA, *OmoFOBIA. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012.

HOME OFFICE, *Hate Crimes, England and Wales 2011-2, 2012*, reperibile al sito www.homeoffice.gov.uk.

JANSEN-SPIJKERBOER, *Fleeing HomoPhobia. In fuga dalla'omofobia: domande di protezione internazionale per orientamento sessuale e identità di genere in Europa*, 2011.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les dispositions pénales en matière de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations*, 2004, reperibile al sito [Uhttp://www.justice.gouv.fr/art_pix/guideracisme.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/guideracisme.pdf).

MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 2005.

PALIERO, *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 88 s.

PINKER, *The Better Angels of Our Nature. Why Violence has Declined*, New York, 2011.

POLI, *La condanna per la distribuzione in una scuola superiore di volantini aventi contenuto pregiudizievole nei confronti degli omosessuali non viola l'art. 10 Cedu*, in questa Rivista, 2 marzo 2012, 1 ss.

PONTI-MERZAGORA BETSOS, *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008.

RODOTÀ, *Prefazione a WINKLER-STRAZIO, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, 11 ss.

TESSITORE, *Cesare Beccaria: l'uomo e il mito. Idealizzazione e realtà storica*, Milano, 2008.

TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, in GRAGLIA, *OmoFOBIA. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, in *Appendice*.

WINKLER-STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011.

[WINKLER, La VI sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale](#), in questa Rivista, 4 settembre 2012, 1 ss.

YAO, *Georgia: l'omofobia entra nel codice penale*, in *East Journal*, 2012, sito www.eastjournal.net.

YAO, *Ungheria: il nuovo codice penale sanziona l'omofobia e la transfobia*, in *East Journal*, 2012, sito www.eastjournal.net.