

Firenze, 07 giugno 2021

Prot. A018/2021

Ill.mo Presidente,
On. Sen. *Andrea Ostellari*,
II Commissione Giustizia,
Senato della Repubblica Italiana
Roma

Ill.mo Presidente,

Le osservazioni che ci accingiamo a presentarLe derivano sia dall'attività di monitoraggio e studio condotti, negli anni dall'Osservatorio Nazionale Abusi Psicologici, sia dall'esperienza maturata sul 'campo', rispetto all'attività di sostegno e tutela di 'tutte' le vittime di abuso. Infatti la *mission* che O.N.A.P., da sempre, si propone è quella di promuovere la salute psico/sociale, ponendo al 'centro' del suo interesse la Persona, in un contesto di solidarietà e di pari opportunità. Partendo da queste premesse ci permettiamo di entrare nel merito ai disegni di legge n. 2005 e 2205, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.

Procederemo pertanto esponendo *cinque punti* o argomentazioni per evidenziare il perché, a nostro avviso, tali modifiche di legge non siano né necessarie né tantomeno opportune.

Punto I

In Italia non sussiste alcun vuoto normativo da colmare: nella costituzione italiana e nella legge penale italiana esistono già le norme che tutelano penalmente contro le discriminazioni sessuali, come ogni altra discriminazione di razza, religione o opinione politica.

Negli ultimi anni, in diversi stati europei (Francia, Germania, Belgio e Paesi Anglosassoni) è stata introdotta una normativa molto articolata ed eterogenea sui c.d. *hate crimes* (crimini d'odio) in generale che comprendono, quindi, anche le discriminazioni relative all'orientamento sessuale. L'introduzione di questa normativa è stata necessaria perché diversi stati europei ne erano privi, ma tra questi non c'è l'Italia. Inoltre, le legislazioni introdotte hanno ad oggetto qualunque tipo di discriminazione e non solo quella di sesso.

Ad esempio 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 (Public Order Act del 1986 e Criminal Justice and Immigration Act del 2008).

In Francia, nel 2004, sono stati introdotti aggravamenti di pena dalla legge 2004-204 del 9/3/04, 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.

In Germania, lo Strafgesetzbuch prevede una disciplina repressiva delle discriminazioni all'art. 130 il quale 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: in questa 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.

Invero, similmente a quanto avviene in altri Stati europei, pur non prevedendo una tutela espressa per le persone LGBT, in Italia il “vuoto sanzionatorio” lamentato dai sostenitori del progetto di legge in questione risulta comunque colmabile riferendosi alla normativa già esistente.

In Italia la tutela dalle discriminazioni è sancita, dall'articolo 3 della Costituzione, primo comma: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”. Nel caso particolare di persone LGBT, il divieto di discriminazioni fondate su condizioni personali è costituzionalmente sancito.

Il disposto, poi, dell'articolo 61 del codice penale considera, come circostanza aggravante comune ad effetto comune, l'*aver agito per motivi abietti*. Il nostro ordinamento penale, infatti, offre già, a tutela dell'individuo nelle sue libere espressioni di autodeterminazione, un ricco “armamentario” di fattispecie di reato finalizzate a “proteggere” da atti di violenza, di offesa e di discriminazione in ragioni dell'orientamento sessuale: si pensi ai delitti di diffamazione, di minacce, di violenza privata, di atti persecutori, di maltrattamenti, di percosse, di lesioni, di omicidio, tutti aggravabili dalla circostanza comune ad effetto comune dei motivi “abietti”, di cui all'articolo 61 n. 1 c.p.

Inoltre, nella nostra legislazione ordinaria – nel d.lgs.vo 10 settembre 2003, n. 276 – 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 lavoro.

L'obiettivo che ogni legge dovrebbe perseguire è quello contenere il tasso di criminalità ed in particolar modo il tasso di recidiva attraverso il razionale utilizzo delle risorse statali disponibili (come le leggi).

Uno dei criteri fondamentali che dovrebbero guidare il legislatore nelle scelte di politica criminale è quello dell'efficienza, ovvero la capacità di raggiungere l'obiettivo prefissato al minor costo possibile.

Purtroppo, si deve rilevare, anche a supporto dell'opinione critica espressa in merito all'intervento penale per combattere l'omofobia, come in Europa i dati statistici riguardanti il fenomeno omofobico siano estremamente scarsi e poco omogenei, nonostante risulti evidente come essi potrebbero fare luce sul fenomeno della discriminazione in base all'orientamento sessuale permettendo un'analisi approfondita e precisa e l'adozione di strategie di lotta al fenomeno che risultino concretamente efficienti.

Uno scenario totalmente diverso in termini di accesso ai dati statistici viene offerto dagli Stati Uniti d'America. L'Uniform Crimes Reports (UCR) del Federal Bureau of Investigation comprendono dati di oltre 17.000 agenzie di sicurezza in tutto il paese. Queste, infatti, forniscono dati dettagliati riguardanti i numeri e le tipologie di crimini avvenuti nonché i numeri e le tipologie di vittime e di soggetti agenti. I dati sono archiviati in rapporti annuali e permettono per esempio di analizzare con particolare facilità e chiarezza gli effetti dell'applicazione di una legge, studiando i dati statistici dei periodi precedenti e di quelli susseguenti la sua entrata in vigore. Risulta evidente, dunque, che anche in Europa sarebbe necessario garantire una simile offerta di dati statistici attingendo per la loro interpretazione all'apporto di un metodo interdisciplinare e quanto più oggettivo possibile al fine di guidare le scelte di politica criminale.

Punto II

Non esiste in Italia un'emergenza sociale per l'incremento dei reati di omofobia.

L'omofobia e la transfobia non sono affatto fenomeni nuovi, ma l'eco mediatica degli episodi che hanno colpito il nostro Paese negli ultimi anni ha provocato oltre ad un certo livello di apprensione sociale, anche l'attenzione della classe politica rispetto a questi delicati temi.

I reati commessi a danno di persone LGBT, infatti, sono quelli a cui viene dato maggiore risalto mediatico ma ci sono altre categorie potenzialmente discriminate: anziani, portatori di handicap, senza tetto: tutte categorie vulnerabili contro cui ogni giorno vengono compiuti atti di violenza e/o reati di vario genere.

I media, infatti, risaltano ed enfatizzano i casi di cronaca e, in particolare, di cronaca giudiziaria. Volendoli analizzare in modo più oggettivo ci si rende conto, tuttavia, che non esiste un concreto motivo che giustifichi tale diffuso allarmismo.

L'Osservatorio per la Sicurezza Contro gli Atti Discriminatori ha ricevuto 611 segnalazioni dal 2010 al 2013. Di queste, solamente 253 riguardano atti discriminatori costituenti reato: di questo gruppo di segnalazioni il 57% risulta motivato dalla razza/etnia, il 27% dall'orientamento sessuale, l'11% dal credo religioso, il 2% da disabilità. Delle 83 segnalazioni

riguardanti l'orientamento sessuale, il 42.17% attiene a offese (ingiurie/diffamazioni), il 39.76% riguarda aggressioni/lesioni, il 6.02% istigazione alla violenza omofoba, il 4.82% danneggiamenti e il 2.41% minacce. Si rileva, inoltre, che il 4.82% delle 83 segnalazioni è rappresentato da suicidi di persone LGTB che, essendo oggetto di condotte discriminatorie determinate da movente omofobico, giungono purtroppo a compiere tale estremo gesto.

Per quanto anche solo l'esistenza di un caso di omofobia rappresenti un fatto gravissimo e certamente un vergognoso fallimento per una società pluralista ed eterogenea, in Italia, contrariamente a quanto a volte si tenda a far apparire, non esiste una reale "emergenza omofobia". Legittime dunque sono le perplessità riguardanti un disegno di legge che intende introdurre una nuova fattispecie penale per contrastare questa asserita ma inesistente "emergenza omofobia".

Punto III

La fattispecie di reato e l'aggravante che si vuole introdurre nel codice penale non sarebbero certe e determinate e, pertanto, risulterebbe violato il principio di legalità, e quindi di tassatività, della legge penale sancito all'art. 25 Cost.

Ci si interroga, invero, sull'opportunità e la ragionevolezza dell'utilizzo dello strumento penale nel contrasto di condotte lesive del diritto al proprio orientamento sessuale: il ricorso al sistema sanzionatorio penale per la tutela delle vittime di questi comportamenti può determinare un conflitto fra diversi beni giuridici fondamentali di matrice costituzionale quali la libera manifestazione del pensiero, il principio di determinatezza e il principio di offensività.

Ed infatti, incriminare condotte per la loro componente omofobica o per il loro "movente" omofobico comporta, nei casi in cui la condotta del soggetto agente non si connota per l'uso della violenza fisica, l'elevato rischio di "scivolare" verso la "configurazione" di veri e propri reati di mera opinione: si pensi a tal proposito al perseguimento della diffusione di idee omofobiche o dell'istigazione a porre in essere discriminazioni fondate sugli orientamenti sessuali

delle persone, che prescindendo dall'effettiva idoneità di tali condotte a far conseguire concretamente il compimento di atti discriminatori.

La materia delle fonti del diritto penale è regolata da un principio fondamentale, il principio di legalità, sancito dall'art. 25 della Costituzione e dagli articoli 1 e 199 del c.p.

Il principio di legalità è un principio cardine di tutti gli ordinamenti democratici e degli stati di diritto in genere. Esso implica una concezione formale del reato, secondo cui è reato solo il fatto previsto come tale dalla legge.

È un principio di garanzia per i cittadini, perché in tal modo tutti sono in grado di sapere quali fatti sono vietati e quali sono permessi.

L'art. 25 Cost. afferma: *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso; il secondo comma dice che: nessuno può essere sottoposto a una misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*.

L'articolo 1 c.p. afferma che *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”*.

Per l'articolo 199 c.p. *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”*.

Corollario del principio di legalità è il principio della tassatività o determinatezza della fattispecie penale.

Il principio di tassatività della fattispecie penale implica che il fatto penale deve essere individuato dettagliatamente nei suoi estremi. La norma penale cioè, deve individuare gli estremi del fatto-reato in essa contenuti in modo che si possa desumere con precisione ciò che è lecito e ciò che è vietato.

In tal senso, il principio di tassatività si pone come una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino, in quanto la norma stessa non potrebbe essere osservata se il destinatario non avesse la possibilità di conoscere con sufficiente chiarezza il contenuto di essa.

La mancanza di determinatezza della fattispecie incriminatrice si presta a margini di interpretazione inaccettabili.

Il rischio maggiore attualmente prevedibile è che, stante l'indeterminatezza del nuovo disegno di legge e stante l'obiettivo di perseguire penalmente tutti gli atti di discriminazione fondati sulla omofobia e la transfobia, si giunga a

vietare o comunque a “reprimere” qualunque manifestazione di opinioni contrapposte all’omosessualità come negare l’ammissibilità del matrimonio omosessuale o dell’adozione di bambini da parte delle coppie omosessuali o il formulare giudizi di disvalore degli atti omosessuali sulla base di un credo religioso. L’ovvia conseguenza di una tale scelta legislativa sarebbe la sistematica violazione dei diritti e le libertà fondamentali costituzionalmente garantite come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di professare il proprio credo religioso e la libertà di educazione dei genitori verso i figli che, indubbiamente, deve comprendere anche l’educazione sessuale.

La normativa proposta appare fondata su elementi costitutivi di natura emozionale, come i concetti di “omofobia”, “transfobia” o “discriminazione”, “odio”: concetti vaghi, nebulosi, indeterminabili, difficilmente circoscrivibili ed identificabili in modo tassativo nella loro portata applicativa; concetti certamente non fondati su elementi costitutivi di tipo descrittivo o naturalistico, ovvero elementi che facciano riferimento a realtà individuabili con sufficiente sicurezza.

Questa vaghezza di contenuti potrebbe, dunque, facilmente costituire il terreno fertile per interpretazioni delle norme che sconfinano nell’arbitrario, con il rischio di “scivolare” in abusi di discrezionalità in cui al principio del “libero convincimento” si sostituisca di fatto quello del “convincimento libero” fondato o contaminato da ideologie personali, veri e propri soggettivismi ideologici o caratteriali e a possibili decisioni giurisprudenziali contrapposte in palese violazione dei principi costituzionalizzati di legalità-tassatività e di uguaglianza del cittadino di fronte alla legge. In particolare, la locuzione “atti di discriminazione” ha certamente carattere normativo e deve necessariamente riferirsi ai contenuti provenienti da diversi settori extra-penalistici quali quello storico, sociale e culturale, ecc. In tal senso, evidente risulta la sua consistenza variabile o addirittura sfuggente.

Dunque, per quanto riguarda il tentativo di contenimento della necessità sanzionatoria e del principio di libera manifestazione del pensiero, evidenti sono le problematiche riguardanti sia la vaghezza concettuale sia la difficoltà probatoria rispetto ai fatti che si dice di voler sanzionare.

Inserire negli artt. 604 *bis* e *ter* cp semplicemente l’inciso “*oppure fondati sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere*” è troppo generico e, in più, non esiste per la locuzione “orientamento sessuale o sull’identità di genere” una disciplina previgente che la definisca: risulterebbe una *norma penale in bianco* col rischio elevato che nel concetto di “omofobia” ci possa rientrare di tutto.

Punto IV

Con l’introduzione di una tutela penale ad hoc per i crimini di omofobia si opererebbe una c.d. “discriminazione alla rovescia” con violazione del principio di eguaglianza sancito all’art. 3 Cost.

L'altra questione di pregiudizialità, relativamente al disegno di legge in discussione, si basa sul principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*. Diversi sono, infatti, i problemi che emergono in ordine al bilanciamento fra due principi, entrambi solennemente riconosciuti: da un lato la libertà di manifestazione del pensiero e dall'altro il principio di pari dignità degli uomini.

Ogni attacco verbale o fisico, diretto o indiretto, fondato sullo stigma sessuale subito da una persona rappresenta, infatti, la violazione dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione ad ogni uomo inteso come singolo o all'interno delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. L'introduzione nell'ordinamento penale di una norma che tuteli in particolar modo una categoria di persone, differenziandola dalle altre in quanto ritenuta particolarmente vulnerabile, può creare una sorta di privilegio idoneo a causare l'introduzione, non auspicabile, di autentiche discriminazioni *“a rovescio”*.

La dignità umana, inoltre, dovrebbe giustificare l'adozione di tutele particolari solamente per soggetti che per determinate condizioni siano nell'impossibilità di esercitare l'autonomia (ovvero la dimensione *“naturale”* della dignità contrapposta a quella sociale e a quella personale).

Prevedere, dunque, una tutela penalistica privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale rischia in altri termini di rivelarsi discriminatorio nei confronti della dignità delle persone LGTB, proprio in quanto attribuirebbe in via astratta a tali individui una condizione di incapacità (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia di carattere personale).

In tale prospettiva, la creazione di uno *“statuto penale privilegiato”* a tutela di un determinato gruppo di persone caratterizzato, nel caso specifico, dall'orientamento sessuale, rischia di compromettere la neutralità e l'equidistanza dell'ordinamento rispetto agli eteronomi interessi sociali contrapposti.

Punto V

C'è il rischio di creare “reati di opinione” senza una efficacia preventiva dei delitti discriminatori.

Forti dubbi emergono anche riguardo all'effettività della nuova normativa proposta, ovvero, sulla sua concreta capacità di arginare il fenomeno sociale di cui si discute: in particolar modo sembra dubbia la sua forza deterrente nell'ottica della funzione general preventiva.

Molti altri sono stati gli interventi legislativi che infruttuosamente hanno inasprito la reazione sanzionatoria per crimini come gli atti persecutori, le violenze sessuali, la pedoprostituzione o la pedopornografia e l'incriminazione dei reati commessi per un movente omofobico non sembra poter rappresentare l'eccezione rispetto alla generale regola di inefficienza riscontrata in tale tipo di decisioni di politica criminale.

A ciò si aggiunge che, in generale, i reati di opinione si sono rivelati inadatti a promuovere e veicolare nei consociati idee di tolleranza e fenomeni di inclusione culturale; al contrario, spesso, hanno determinato ulteriori reazioni di intolleranza o addirittura maggiori discriminazioni proprio a causa della censura di ogni idea diversa. La conseguenza scontata che ne deriva è la diffusione e il rafforzamento dell'intolleranza indirizzata paradossalmente allo stesso tempo a destinatari diversi: verso le persone LGTB, verso chi abbia differenti punti di vista rispetto agli orientamenti sessuali che si discostano dall'eterosessualità, e verso chi manifesti disapprovazione o semplici perplessità su argomenti come il matrimonio o le adozioni fra persone del medesimo sesso o chi per motivi religiosi non dimostri apertura verso persone LGTB.

Introdurre un reato di opinione contro le discriminazioni fondate sullo stigma sessuale potrebbe comportare, concorrendone al potenziamento, un indesiderato effetto criminogeno: la politica criminale sottesa a questa scelta legislativa, infatti, non tiene in considerazione il fatto che, qualora si indeboliscano o addirittura manchino dei validi impulsi sociali a livello familiare, scolastico, religioso, associativo, giuridico e democratico vi sarà normalmente un proporzionale incremento di condotte antisociali. A causa dell'indebolimento dei controlli socio-culturali e della "istituzionalizzazione" dell'omofobia, il rifiuto, l'esclusione, lo stigma e la violenza possono arrivare a risultare giustificabili. Preso atto che la "patologizzazione" del singolo individuo nasconde un problema sociale più ampio e complesso, riconosciuta la multidimensionalità dell'omofobia si dovrà riconoscere inevitabilmente la necessità di un approccio multidisciplinare a questo problema.

L'assenza in Italia di dati oggettivi che dimostrino l'esistenza di una effettiva e concreta "emergenza omofobia" giustifica quindi l'infondatezza di una legge che comporta un elevato rischio di introdurre un mero reato d'opinione. A ciò si aggiunge che l'esperienza europea non presenta alcun dato rilevante rispetto al decremento del fenomeno omofobia a seguito dell'introduzione delle suddette norme.

L'ostentata severità o la cosiddetta strategia della "tolleranza zero" rispetto a determinati fenomeni sociali sono strumenti legislativi utilizzati da "politiche della paura". È la pronta ed immediata risposta che il "fronte" politico istituzionale offre ad una società che esige rassicurazioni perché terrorizzata o indignata a causa di allarmismi, talvolta artificialmente creati o strumentalmente ingigantiti. Il diritto penale che ne deriva è un diritto politicamente sovraesposto e ipertrofico utilizzato per sopperire alla crisi della politica, della morale e di tutti gli altri strumenti di controllo socio-culturale.

Conclusioni

Preso atto di quanto sin qui descritto e tenuto conto di tutti i rischi che l'introduzione di una norma quale quella proposta comporterebbe, sembra potersi concludere che, da un lato, non sia strettamente "necessaria", e dall'altro, che sia invece "inopportuna". Affidare la risposta del problema sociale dell'omofobia al diritto penale non può che risultare una decisione fallace poiché disattende alcuni principi fondamentali della criminologia che valgono certamente per tutti gli atti discriminatori.

Il primo principio afferma che esiste un rapporto di proporzione inversa tra condotta antisociale e validi controlli sociali (la famiglia, la scuola, le associazioni, la democrazia, la religione, etc.), nel senso che il numero di coloro che pervengono al delitto cresce col decrescere di tali sistemi.

Il secondo principio afferma che esiste un rapporto di proporzione inversa tra controlli socio-culturali e controlli penali, in quanto alla attenuazione dei primi cerca di supplire l'estensione e l'irrigidimento dei secondi.

È storicamente dimostrato, infatti, che al progressivo indebolimento delle spinte socio-culturali contrapposte al crimine consegue un incremento quantitativo ed un deterioramento qualitativo del diritto penale.

L'unico sistema di controllo a cui la società moderna attualmente si appiglia sembra essere il diritto penale. In tal modo, dalla sua connaturale funzione sussidiaria di *extrema ratio* il diritto penale assurge ad *unica ratio*, rivelandosi immediatamente ed inesorabilmente inadeguato a contrastare efficientemente i tanto temuti fenomeni sociali che frequentemente richiamano l'attenzione pubblica.

In Italia, attualmente, la società sembra percepire il diritto penale come "la nuova etica pubblica", le scelte etiche condivise paiono essere solo quelle sancite dal diritto penale, tanto che una condotta è percepita come socialmente riprovevole e pertanto censurabile soltanto se riconosciuta come penalmente rilevante dall'ordinamento penale.

Lo sforzo nella lotta all'omofobia che gradualmente si è diffuso in tutta l'Unione europea, e che ha determinato anche nell'ordinamento italiano un contrastato dibattito, presenta i medesimi rischi in termini di violazione di principi fondamentali ed effetti criminogeni esplicitati nei capitoli precedenti per ogni ordinamento giuridico.

Il Consiglio Direttivo O.N.A.P.

