

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · NOVEMBRE 2024

2024 / 1

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà*, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

Comitato di redazione

Angioletta Sperti (Capo redattore – Università degli Studi di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

Redazione

Diritto Internazionale: Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Francesca Rescigno, Iaria Rivera, Angioletta Sperti

Diritto Penale: Fabrizio Filice, Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Civile: Valentina Di Gregorio, Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone

Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Chiara Gallese, Giacomo Giorgini Pignatiello, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Möschel, Angelo Schillaci

Diritto del Lavoro: Laura Tomasi

Filosofia del diritto e sociologia giuridica: Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Francesco Zanetti

Referees

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Valentina Bonini, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Mariavaleria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Simona Feci, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Ciro Grandi, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Silvia Izzo, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Salvatore Patti, Irene Pellizzone, Luca Penasa, Mario Perini, Tamar Pitch, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotta, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Elettra Stradella, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Rivista scientifica di fascia A (Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: *Beppe Ramina*

Impaginazione: *Samuele Cavadini*

Sommario

Focus: Diritto penale antidiscriminatorio. Una indagine, partendo dalla giurisprudenza

- 5 *Marco Pelissero*: Importanza, ragionevolezza e limiti del diritto penale antidiscriminatorio tra presente o (possibile) futuro
- 8 *Luciana Goisis*: La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di diritto penale antidiscriminatorio
- 25 *Sara Prandi*: Il diritto penale antidiscriminatorio “esplicito”: i delitti contro l’eguaglianza
- 44 *Anna Costantini*: Diritto penale e discriminazioni di genere
- 76 *Paolo Caroli*: Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqia+
- 95 *Davide Petrini*: Discriminazione delle persone disabili e diritto penale

Interventi

- 107 *Aurora Maggi*: Dalla violenza che condanna, alla condanna della violenza. L’aborto forzato nel prisma della comparazione
- 121 *Giacomo Mingardo*: Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale

Commenti

- 135 *Sabrina Ragone, Valentina Capuozzo*: Diritti della gestante, tutela della vita del nascituro e parto in casa: l’approccio del Tribunale costituzionale spagnolo.
- 145 *Francesca Moro*: La piena realizzazione del diritto all’affettività e alla sessualità dei detenuti alla luce della sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale.
- 156 *Jernej Letnar Čerňič*: Constitutional democracy in action: Recognition of same-sex marriage in the Slovenian Constitutional system.
- 167 *Claudia Candelmo*: Nuovi orientamenti in tema di esame individuale delle domande di protezione internazionale? Il caso delle donne afghane al vaglio della CGUE
- 178 *Francesca Rescigno*: Prime note sulla riforma costituzionale francese in tema di interruzione di gravidanza. C’è più di un oceano a separare Parigi da Washington

Focus

*Diritto penale antidiscriminatorio.
Una indagine, partendo dalla giurisprudenza*

Paolo Caroli*

Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqia+

Sommario

1. Introduzione. – 2. Punire la discriminazione lgbtqia+ con i reati esistenti. – 2.1. Ingiuria e diffamazione. – 2.2. Minaccia. – 2.3. *Stalking*. – 3. La “discriminazione” che non costituisce reato. – 3.1. La discriminazione “pura”. – 3.2. La propaganda “pura”. – 4. I tentativi di risposta in via giurisprudenziale. – 4.1. Il decoro collettivo del “movimento lgbt” – 4.2. Il diritto del lavoro. – 4.3. Una lacuna colmabile solo dal legislatore. – 5. I tentativi giurisprudenziali di colmare l’assenza di un’aggravante *ad hoc* – 5.1. Mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche. – 5.2. Applicazione dell’aggravante comune dei motivi abietti o futili *ex art. 61 c.p., n. 1.* – 5.3. Mancata concessione della sospensione condizionale della pena. – 5.4. L’orientamento che applica comunque l’art. 604 ter c.p. – 5.5. Una giurisprudenza non univoca. – 6. Odio online e diritto penale impotente? – 7. Conclusioni.

Abstract

Il contributo analizza le risposte offerte dal diritto penale italiano alla discriminazione delle persone lgbtqia+, in primo luogo analizzando le diverse fattispecie di reato in cui è possibile sussumere molte forme di omotransfobia, sia fisica che verbale. Nella seconda parte, invece, si prenderanno in considerazione i vuoti di tutela: i casi di discriminazione e propaganda per i quali il diritto penale non dispone di strumenti di persecuzione e punizione. In assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, dunque, vi sono forme di discriminazione che non trovano alcuna sanzione da parte del nostro ordinamento e sono perciò penalmente lecite. Nel corso della disamina si analizzeranno anche i meccanismi creativi con cui la giurisprudenza di merito tenta di supplire a tali carenze, nonché i tentativi - per i casi che invece sono già penalmente rilevanti - di supplire all’assenza di una circostanza aggravante di omotransfobia.

The paper analyses the responses offered by Italian criminal law to discrimination against lgbtqia+ persons, firstly by analysing the different types of offences under which many forms of homotransfobia, both physical and verbal, can be subsumed. In the second part, on the contrary, the paper considers the gaps in protection: the cases of discrimination and propaganda for which criminal law has no instruments of prosecution and punishment. In the absence of ad hoc legislative intervention, therefore, there are forms of discrimination that find no sanction from our system and are therefore criminally permissible. In the course of the examination, we will also analyse the creative mechanisms with which the jurisprudence attempts to make up for these shortcomings, as well as the attempts - for cases that are already criminally relevant - to make up for the absence of an aggravating circumstance of homotransfobia.

* Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Torino.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introduzione

Una convinzione molto diffusa nella cittadinanza e spesso (sorprendentemente) anche fra i giuristi, consiste nel ritenere che in Italia - non essendo stato approvato il c.d. D.d.l. Zan¹ - la discriminazione dei cittadini lgbtqia+² sia penalmente irrilevante. Si tratta di una convinzione in gran parte errata, data anche dal fatto che il percorso parlamentare del summenzionato D.d.l. Zan è stato accompagnato da un dibattito mediatico tanto intenso quanto scarsamente approfondito e preciso sul piano giuridico. È al contrario vero che diverse forme di discriminazione trovano già una risposta a mezzo di figure di reato presenti nell'ordinamento e non pensate *ad hoc* per la tutela antidiscriminatoria della popolazione lgbtqia+. L'omotransfobia può infatti estrinsecarsi in reati contro la vita o l'integrità fisica, ma può anche divenire oggetto di reati c.d. di opinione - o meglio di parola³ - come la diffamazione (art. 595 c.p.), la calunnia (art. 368 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.) e, prima della sua trasformazione in illecito civile⁴, anche l'ingiuria (già art. 594 c.p.). In relazione a queste ipotesi, che saranno esaminate nella prima parte del contributo, l'eventuale approvazione del D.d.l. Zan si sarebbe limitata ad accrescere sul piano sanzionatorio una risposta penale già esistente.

Al contrario, come si esporrà nella seconda parte dell'articolo, vi sono delle forme di discriminazione le quali, in assenza di un intervento legislativo *ad hoc*, non trovano alcuna sanzione da parte del nostro ordinamento e sono perciò penalmente lecite. Nel corso della disamina si analizzeranno anche i meccanismi creativi con cui la giurisprudenza di merito tenta di supplire a tali carenze, nonché i tentativi - per i casi che invece sono già penalmente rilevanti - di aggirare l'assenza di una circostanza aggravante di omotransfobia.

2. Punire la discriminazione lgbtqia+ con i reati esistenti

Come anticipato, molte forme di discriminazione di persone lgbtqia+ possono andare ad integrare dei reati presenti nel nostro ordinamento. Ciò è evidente nel caso in cui la discriminazione comporti, ad esempio, una lesione contro la vita o l'integrità fisica. Più interessante, è invece il confine della rilevanza penale nel caso di reati commessi a mezzo dell'uso della parola. Si procederà pertanto ad una rassegna, tratta dalla casistica giurisprudenziale.

2.1. Ingiuria e diffamazione

Prima della trasformazione dell'ingiuria in illecito civile, condotte omofobe potevano integrare tale reato. Ad esempio, risponde(va) del reato ingiuria chi si rivolge ad un'altra persona definendola come "gay", se per il contesto in cui è utilizzato l'appellativo - di per sé non offensivo - ciò assume carattere

1 Fra i molti lavori, cfr. M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in M. Pelissero - A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 245-264; A. Di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità»*, in *Discrimen*, www.discrimen.it, 5 ottobre 2021; R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan, ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 12 luglio 2021; L. Goisis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in questa *Rivista*, 2021, n. 2, pp. 9 ss.; C. Caruso - V. Militello (a cura di), *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera - B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro*, in *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 10 novembre 2020; per una lettura costituzionalistica, per tutti M. Caielli, *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 2021, n. 2., pp. 19 ss.

2 Sono diversi gli acronimi che oggi vengono utilizzati, in sostituzione del più tradizionale acronimo lgbt, al fine di designare sinteticamente l'insieme delle persone che per orientamento sessuale, identità e/o espressione di genere o caratteristiche anatomiche non aderiscono agli standard del binarismo cisessuale e dell'eterosessualità; in questa sede si fa riferimento al più ampio lgbtqia+, che comprende Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transessuali e *Transgender*, *Queer*, Intersessuali, Asessuali ed infine il segno + per includere coloro che non si riconoscono né nell'eterosessualità cis, né nelle precedenti espressioni del genere e della sessualità, come ad esempio persone *gender fluid*, *gender creative*, non-binarie, pansessuali o demisessuali.

3 Si sceglie qui di utilizzare l'espressione "reati di parola", in quanto più ampia dei c.d. "reati di opinione", includendovi ad esempio anche un'eventuale criminalizzazione della parola falsificatrice, che dà luogo alle c.d. *fake news*.

4 A mezzo dell'art. 1, lettera c), del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, quale norma attuativa dell'art. 2 c.3 della legge delega 28 aprile 2014, n. 67.

denigratorio (il contesto in esame lasciava intendere una concezione siffatta, con allusioni anche a rapporti degli omosessuali con minori; Corte di cassazione, sez. I, 3 marzo 2010, n. 10248; in senso analogo Corte di cassazione, sez. V, 5 dicembre 2019, n. 9124, vedendo il disvalore non tanto nell'appellativo quando nei comportamenti attribuiti). *A contrario*, la mutata considerazione sociale dell'omosessualità implica che non sia automatica la rilevanza penale di affermazioni che non paiano attribuire qualità negative alla persona offesa, così come ad esempio commentare un video di un'intervista su *Youtube* augurando all'intervistata «di avere delle figlie lesbiche, che abbiano a sposare dei gay» (Corte di cassazione, sez. V, 7 febbraio 2020, n.17944).

Commette poi diffamazione chi divulghi pubblicamente l'omosessualità di una persona al fine di denigrarla (Tribunale Milano, sez. IV, 28 novembre 2018 n. 9393), così come costituisce diffamazione, aggravata dal mezzo, appellare una persona su Facebook «froc*o schifoso» (Corte di cassazione, sez. V, 25 marzo 2021, n. 19359).

Ancora, non sono coperte dal diritto di critica politica le affermazioni del Senatore P., che qualifichi le attività di un'associazione lgbtqia+ presso una scuola, finalizzate al contrasto al bullismo omofobico e all'informazione sulla prevenzione delle malattie sessualmente trasmissibili, come proselitismo e adescamento di minorenni. Egli appellava tale associazione «quale ente dedito alla diffusione di una "inculturazione del gender" ed all'istigazione all'omosessualità mediante distribuzione, anche a minori, di materiale definito "pornografico", relativo a rapporti tra persone dello stesso sesso, ed attraverso l'esplicito invito alle iniziative del medesimo ente, sostanzialmente ricondotte alla pratica (omo)sessuale. [...] se è qualificabile come politica l'esternazione di una specifica opzione ideologica su di un tema che attiene a modifiche normative *in fieri*, inerenti le unioni tra persone dello stesso sesso, manifestando, in chiave critica, motivato dissenso rispetto a posizioni di segno opposto, non può attrarsi nello spettro del legittimo esercizio della critica politica l'invettiva rivolta ad individui o aggregazioni determinate, selezionate esclusivamente per l'orientamento sessuale, e non già quale contraddittore politico, e che, al di fuori di un leale confronto dialettico, vengano presentate alla pubblica opinione attraverso la mistificazione di dati fattuali; e tanto poiché l'esimente non è applicabile qualora l'agente manipoli le notizie o le rappresenti in modo incompleto, in maniera tale che, per quanto il risultato complessivo contenga un nucleo di verità, ne risulti stravolto il fatto, inteso come accadimento di vita puntualmente determinato, riferito a soggetti specificamente individuati» (Corte di Cassazione, sez. V, 28 aprile 2022, n.25759)⁵.

Ancora, interessante è un recente caso di diffamazione omofoba a mezzo *Facebook*, balzato agli onori di cronaca in quanto vedeva fra gli imputati un assessore comunale di Siena e la difesa affidata al sindaco della città. Uno degli imputati pubblicava su *Facebook* la fotografia di un partecipante al *Toscana Pride*, il quale indossava delle ali da angelo, corredandola con la frase «Farà coccodè?!?». Il *post* veniva commentato dagli altri imputati, i quali rispettivamente scrivevano «è un pollo...pora Senina mia», «Alla stupidità umana non c'è confine ahimè», «Vergogna», mentre un altro pubblicava un commento fotografico raffigurante il frontespizio del *Diagnostic and statistical manual of mental disorders DSM-5* edito dalla *American pshychiatric association*. La persona ritratta nella foto non rientrava tra gli "amici Facebook" degli imputati; tuttavia, la visibilità del *post* non era limitata a questi ultimi. Poiché la competenza territoriale è stata determinata sulla base della residenza degli imputati, presumendosi che essi abbiano interagito sui *social* dal luogo di residenza, solo con riferimento ad uno degli stessi il Giudice di Pisa ha disposto l'archiviazione, ritenendo che la condotta rientrasse nell'ambito della libertà di espressione costituzionalmente tutelata. Al contrario, per l'autore del *post* e quattro commentatori, il Tribunale di Siena (23 settembre 2020, n. 645) ha ritenuto sussistente la lesione della reputazione della persona ritratta nella foto. Gli imputati «hanno dileggiato l'imputato per il suo aspetto esteriore, anche brutalizzandolo e associandolo ad un animale, chiaramente ed inequivocabilmente in funzione dell'orientamento sessuale dello stesso». In particolare il Giudice sottolinea come le frasi non possano essere parcellizzate e ridotte a un commento all'abbigliamento, in quanto esse vanno lette nel contesto complessivo, essendo fatto noto alla cittadinanza - e agli imputati - che quel giorno si svolgeva il *Toscana Pride*. In definitiva, il soggetto ritratto «si è visto associato ad un animale⁶, è stato definito stupido, è stato invitato a vergognarsi e, infine, è stato oggetto di associazione immediata con il manuale di disturbi psichiatrici sol perché, vestito da angelo, si stava recando ad una manifestazione notoriamente e storicamente finalizzata alla tutela

5 Per un commento alla sentenza, si veda A. Madeo, *Diffamazione e hate speech: quando il giudizio non è meramente critico ma discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 205 ss.

6 È pacifico il carattere ingiurioso di espressioni in cui la vittima è disumanizzata, assimilandola a un animale (Cass., sez. V, 27 maggio 2019, n. 34145). In ambito di discriminazione razziale, in particolare, si è applicata altresì l'aggravante *ex art. 604 ter c.p.* in caso di emissione di suoni gutturali come tipico riferimento all'ululato delle scimmie, nei confronti di atleti di colore, nell'ambito di una manifestazione sportiva (Cass., sez. III, 2.10. 2013 (dep. 17.03.2014) n. 12351).

contro le discriminazioni di genere e legate all'orientamento sessuale». Il Giudice ha infine escluso che le affermazioni si collocassero nell'ambito della critica politica, mancando la continenza delle stesse.

D'interesse è poi il confronto fra tre casi che si riferiscono a chi reagisce verbalmente a una condotta omofoba. Il Tribunale di Ascoli Piceno (25 settembre 2020, n. 440) si trova a valutare quanto avvenuto sulla pagina *Facebook* di uno stabilimento balneare. In un lungo *post*, un ragazzo denunciava di essere stato allontanato dal personale della sicurezza dello stabilimento in quanto omosessuale e attaccava la proprietaria, la quale, nonostante fosse presente, non era intervenuta. Il *post* riceveva vari commenti di sostegno al ragazzo, fra cui quelli di due ragazze, poi imputate: «Ecco lo schifo!!!! Schifosi, ma soprattutto la drogata della proprietaria i toyboy, drogati, tr***e e spacciatori entrano tranquillamente, le persone normali e tranquille no giusto?? CHE SCHIFOOOOO». «Il XXX FA SCHIFO. Siete e sarete sempre un locale di schifo. Conosco XXX un ragazzo molto simpatico ed educato. Io penso che la gente che ha avuto questi comportamenti dovrebbe piegarsi e inginocchiarsi supplicando il perdono. Qualsiasi motivo abbiano avuto non sarà mai un motivo valido per fare quello che hanno fatto. FATE SCHIFO. Condididete». Il Tribunale ritiene integrato dalle imputate il reato di diffamazione, in quanto le espressioni utilizzate sono offensive della reputazione della persona offesa; viene tuttavia applicata la causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p.

In senso contrario, il Giudice per le indagini preliminari di Busto Arsizio (ord. 24 febbraio 2015)⁷, in applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 599 c.p., ha disposto l'archiviazione del procedimento penale originatosi dalla querela presentata dall'allora Sindaco di Sulmona in relazione a commenti offensivi ricevuti in risposta a sue precedenti affermazioni. Il Sindaco aveva scritto che «l'omosessualità sarebbe una patologia di carattere genetico, come la sindrome di Down, che gli omosessuali sarebbero "aberrazioni genetiche" e quindi persone da curare in quanto avrebbero fatto una scelta contraria rispetto alle determinazioni della natura». Addirittura il pubblico ministero chiosava il suo percorso argomentativo definendo la reazione dell'indagato «anche sin troppo contenuta rispetto alla gravità delle affermazioni di chiaro stampo omofobo rese dalla p.o.»⁸.

Infine, va menzionato il caso dell'*Influencer*, la quale, imbottigliata nel traffico per via delle deviazioni stradali dovute allo svolgimento del *Gay Pride*, nelle *Stories* di *Instagram* pubblicava affermazioni del tenore di «Io sto perdendo il treno in mezzo a questa massa di ignoranti, andate tutti a morire, perché non esiste più Hitler? Sarebbe dovuto esistere Hitler. [...]». Nonostante delle scuse successive, la stessa denunciò per diffamazione chi aveva risposto alle sue *Stories* attaccandola. Il Procuratore della Repubblica di Milano, con richiesta d.d. 18 ottobre 2019, ha tuttavia chiesto l'archiviazione, rilevando «che il comportamento della denunciante costituisce palesemente un fatto ingiusto perché invocare ad alta voce "ci vorrebbe HITLER, dove è Hitler..." nel corso di una manifestazione quale il *Gay Pride* significa evocare e giustificare le persecuzioni naziste contro gli omosessuali. Inoltre ha dato ulteriore seguito dandovi pubblicità su *Instagram* e pertanto le numerose persone che hanno reagito a tale condotta - contro cui viene presentata denuncia appaiono giustificate dal disposto di cui all'art. 599 c.p.».

La giurisprudenza, dunque, sta progressivamente ricomprendendo nella fattispecie di diffamazione diverse forme di *hate speech* omofobo. Tuttavia, si possono immaginare delle forme ulteriori, non ancora presenti nella casistica giurisprudenziale. In Germania, ad esempio, ci si è posti il problema della liceità del cosiddetto *dead naming*, cioè il rivolgersi pubblicamente ad una persona transessuale con il nome attribuito alla nascita e non quello scelto in sede di transizione. La giurisprudenza non è stata ancora chiamata a interrogarsi sulla possibilità di sussumere tale condotta nella fattispecie ex § 130 StGB (*Volksverhetzung* – Incitamento all'odio)⁹. Un D.d.l. tedesco presentato nel 2020 dai Verdi¹⁰, ma non approvato dal *Bundestag*, mirava a creare un illecito amministrativo *ad hoc* per sanzionare tale

7 Pubblicata su www.articolo29.it; per un commento L. Morassutto, *La provocazione omofoba esclude il reato di diffamazione*, in *Articolo 29*, www.articolo29.it, 3 marzo 2015.

8 *Ibidem*.

9 Si veda *infra* par. 5.4.

10 Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Gesetzentwurf, Drucksache 19/19755, *Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Transsexuellengesetzes und Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes (SelbstBestG)*, 10 giugno 2020.

condotta¹¹, ma è lecito domandarsi se essa non possa costituire anche una diffamazione, qualora essa avvenga pubblicamente con lo scopo esplicito di negare/denigrare l'identità di genere della persona¹².

2.2. Minaccia

L'omofobia può estrinsecarsi anche in una minaccia. A questo proposito, è interessante segnalare come la minaccia possa provenire anche da una persona lgbtqia+. È il caso di ripetute minacce inviate da Tizia, donna lesbica e compagna di Caia, indirizzate a Sempronia, con cui Caia aveva avuto alcuni incontri. I messaggi contenevano anche un utilizzo volutamente sprezzante del termine "lesbica", associato alla parola "putta*a". Secondo la Cassazione tale scelta lessicale «palesa la precisa volontà di colpire la vittima nella sua identità di genere e/o a causa della sua correlata scelta sessuale. Proprio l'analogo orientamento sessuale delle imputate - ha proseguito la sentenza di primo grado - rendono ancor più gravi le condotte delle stesse, in quanto perfettamente consapevoli delle sofferenze che possono derivare da discriminazioni sessuali, fermo restando che nessun rilievo può assumere l'orientamento sessuale delle stesse imputate, che certamente non può fondare condotte discriminatorie in danno di altri» (Corte di Cassazione, sez. V, 25 maggio 2021, n. 30545).

2.3 Stalking

L'omofobia può anche spingere a comportamenti non occasionali, integrando il reato di molestia ex art. 660 c.p. (Corte di cassazione, sez. I, 12 ottobre 2018 (dep. 20 marzo 2019) n. 12447), sino a rappresentare una forma di persecuzione, tanto da integrare il reato di atti persecutori (art. 612 bis c.p.). È il caso del vicino di casa di una coppia omosessuale, il quale perseguitava la coppia con reiterate espressioni omofobe, con scritte omofobe nell'ascensore condominiale e danneggiamenti; il tutto instaurando un «clima omofobo» che creava nelle vittime un perdurante stato di ansia, un fondato timore per la propria incolumità e una costrizione all'alterazione delle proprie condizioni di vita, sino all'abbandono forzato dell'appartamento (Tribunale Torino, 18 maggio 2016). Va inoltre rilevato come il reato sussista a prescindere dalle ragioni condominiali del contrasto.

3. La "discriminazione" che non costituisce reato

Fino a questo punto dell'analisi si è usato il termine "discriminazione" senza fornirne una definizione.¹³ Tale nozione è infatti presente anche in ambito penalistico, in particolare all'art. 604 bis c.p. nell'ambito del c. 1 («[...] chi [...] istiga a commettere o commette atti di discriminazione») e al c. 2 («incitamento alla discriminazione»). Tuttavia, non ne troviamo una definizione agli effetti della legge penale. All'art. 43 del T.U. sull'immigrazione (D.lgs. 15 luglio 1998 n. 286) troviamo ripresa la definizione contenuta all'art. 1 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni discriminazione razziale*, adottata a New York dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1965 ed entrata in vigore nel 1969. La definizione presenta una componente oggettiva («distinzione, esclusione, restrizione o preferenza, basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica») ed una soggettiva («scopo o effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica»); esse debbono coesistere. Una definizione più ampia si rinviene

11 La proposta disposizione ex articolo 3, § 7 SelbstBestG recita: «Agisce illecitamente chiunque, con dolo o colpa, senza averne il diritto

1. Viola il divieto di divulgazione di cui al § 4 cc. 1,2 e 4 ovvero

2. Viola un dovere di cancellazione di cui al § 4 cc. 3 e 4 ovvero

3. Utilizza il nome o il cognome precedenti o fa riferimento alla precedente attribuzione di genere.

L'illecito amministrativo può essere punito con una sanzione fino a 2.500 euro».

12 A mero titolo esemplificativo, si pensi al caso di Caivano e alle asserzioni di un'esponente di Arcilesbica, che appellavano deliberatamente "Cira" e non "Ciro" il compagno FtM della vittima, rifiutandosi di riconoscerne la transessualità («Cira non può essere descritta come uomo solo perché si faceva chiamare Giro») e definendolo come una donna, cfr. A. Bovo, *Arcilesbica senza vergogna: 'Cira non può essere descritta come uomo solo perché si faceva chiamare Giro'*, in *Gay.it*, www.gay.it, 14 settembre 2020.

13 Al riguardo si veda il recente lavoro di S. Prandi, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2024.

invece all'art. 2 del D.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, che recepisce la direttiva 2000/43/CE, e che distingue fra discriminazione diretta («quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga») e indiretta («quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»).

La dottrina utilizza anche altre categorie, come le espressioni anglofone *hate crimes* e *hate speech*. L'*Organization for Security and Co-operation in Europe* (OSCE) definisce gli *hate crimes* come «reati nei quali la vittima viene colpita in ragione della sua identità di gruppo (come la razza, l'origine nazionale, la religione o altra caratteristica di gruppo). I reati ispirati dall'odio possono colpire una o più persone oppure i loro beni. Quasi ogni reato previsto dal codice penale può costituire un crimine ispirato dall'odio. Il pregiudizio verso un gruppo (la "motivazione basata sul pregiudizio" – *bias motivation*) è l'elemento che contraddistingue i reati ispirati dall'odio dagli altri reati e li rende un fenomeno che desta particolare preoccupazione per le autorità nazionali e le Organizzazioni Internazionali»¹⁴. Gli *hate crimes*, dunque, si distinguono in ragione del particolare movente dell'autore: l'odio/pregiudizio nutrito verso una determinata categoria di soggetti che condividono una o più "caratteristiche protette" (colore della pelle, etnia, religione, orientamento sessuale, ecc.). Va tuttavia precisato che, da un punto di vista penalistico, affinché un *hate crime* sia considerato in quanto tale - cioè anche in ragione dello specifico movente d'odio - occorre un intervento *ad hoc* del legislatore, che dia specifica rilevanza al movente già nella composizione del tipo criminoso, ovvero nella prospettiva commisurativa; il legislatore, cioè, deve intervenire al fine di dare (eccezionalmente) "diretta" rilevanza giuridico-penale al movente, prevedendo delle conseguenze normative collegate all'accertamento della genesi psichica del comportamento, altrimenti suscettibile di influire solo "indirettamente" sulla valutazione del giudice¹⁵.

Con il termine *hate speech*, invece, si definiscono tutte le espressioni ed i contenuti diffusi pubblicamente - o potenzialmente diffondibili in ragione del mezzo impiegato - e che, per il contenuto discriminatorio ed offensivo, si prestano a propagandare o istigare alla violenza, al razzismo e al mantenimento di un generale clima di ostilità verso una determinata categoria di soggetti¹⁶. Poiché quest'ultima è identificata in ragione di una (o più) delle "caratteristiche protette" proprie dei suoi membri, in tale ultimo aspetto vi è un elemento di forte comunanza tra *hate speech* e *hate crimes*. Entrambi veicolano un messaggio discriminatorio sia alla vittima che, di riflesso, al gruppo cui essa appartiene, oltre che alla collettività nel suo insieme. L'*hate speech*, tuttavia, non è necessariamente un *hate crime*. In linea generale, infatti, il termine *hate speech* è utilizzato a prescindere dal fatto che, su un piano penalistico, la condotta costituisca o meno un reato. Vi sono infatti due possibilità affinché l'*hate speech* abbia rilevanza penale. In primo luogo, il legislatore può introdurre nuove fattispecie *ad hoc* che puniscano determinate forme di discorso pubblico ove mosse da movente d'odio [è il caso, ad esempio, della propaganda razzista ex art. 604 bis c.1 lett. a) c.p.]. In secondo luogo, può darsi che la condotta integri già un'autonoma fattispecie di reato, indipendentemente dal peculiare movente discriminatorio che ha mosso l'agente. Nel nostro ordinamento, come abbiamo visto, le "tradizionali" fattispecie di diffamazione ed istigazione a delinquere, ad esempio, si dimostrano a certe condizioni capaci di ricomprendere al proprio interno alcune manifestazioni di *hate speech*. Possiamo dunque dire che in Italia alcune forme di *hate speech* costituiscono già reato, a prescindere dal movente, mentre altre, per essere punite, necessiterebbero di un intervento legislativo *ad hoc* che criminalizzi proprio in ragione del movente.

Quali sono, dunque, le forme di discriminazione di persone lgbtqia+ per le quali vi è un vero e proprio vuoto di tutela? Si tratta sia di alcune forme di discriminazione che di *hate speech*, le quali non possono essere sussunte in fattispecie penali esistenti. Per poter sanzionare queste forme di omotran-

14 Cfr. OSCE/ODHIR, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, Varsavia, 2016, p. 17. Cfr. L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, pp. 15 ss. Con riferimento invece alla definizione di *hate crimes* omotransfobici, contenuta nelle Risoluzioni del Parlamento europeo del 2006 e 2012, *ivi*, p. 486.

15 Per la distinzione fra rilevanza diretta e indiretta dei motivi, P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 24; sulla rilevanza dogmatica del movente anche L. Picotti, *Il dolo specifico*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 526.

16 Cfr. Consiglio d'Europa, Raccomandazione No. (97) 20: «The term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin». Sulla problematicità della definizione di *hate speech* omotransfobico, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 490. Ravvisa delle contraddizioni definitorie del concetto di *hate speech* nella più recente casistica della Corte Europea dei Diritti Umani, S. Sottiaux, *Conflicting Conceptions of Hate Speech in the ECtHR's Case Law*, in *German Law Journal*, 2022, n. 23, pp. 1193-1211.

sfobia, infatti, i cittadini lgbtqia+ dovrebbero necessariamente essere inseriti nell'elenco dei "gruppi protetti" di cui all'art. 604 bis c.p.

3.1. La discriminazione "pura"

Compiere atti di discriminazione nei confronti di una persona, non implica necessariamente anche preferire delle ingiurie o commettere atti di violenza fisica. Vi può essere anche una discriminazione "pura". La giurisprudenza relativa alla fattispecie di commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, di cui all'art. 604 bis c. 1 lettera a) c.p.¹⁷, ci fornisce ad esempio il caso della barista, la quale si rifiutava di servire due avventori in quanto extracomunitari¹⁸. La stessa non insultava le persone offese, ma "semplicemente" si rifiutava di servirli, chiarendo che in quel bar non si servivano nordafricani. Immaginando dunque, per analogia, un ipotetico barista che rifiuti di servire una coppia gay o una persona transessuale, si deve prendere atto dell'attuale mancanza di una fattispecie penale in cui sussumere un tale comportamento. A differenza della discriminazione razziale, oggetto di condanna nel caso citato, una corrispondente discriminazione omotransfobica non sarebbe punita.

3.2. La propaganda "pura"

Come si è avuto modo di spiegare, non tutte le forme di *hate speech* sono di per sé suscettibili in figure criminose come la diffamazione o l'istigazione a delinquere, a prescindere dal movente d'odio. Ci sono cioè delle ipotesi in cui un ipotetico intervento normativo incentrato sull'odio non inciderebbe solo sul *quantum* della pena, ma andrebbe ad estendere l'area della rilevanza penale. Alcune forme di *hate speech*, dunque, al pari delle summenzionate forme di discriminazione "pura", per essere punite richiederebbero un'estensione legislativa delle fattispecie di propaganda e di istigazione a commettere atti di discriminazione, di cui all'art. 604 bis c.1 lettera a) c.p.¹⁹ Queste fattispecie già esistenti nel Codice, infatti, includono all'interno dei propri elementi costitutivi la presenza del movente d'odio/discriminazione; anzi, proprio tale movente colora di disvalore il fatto tipico, fondando la necessità di intervento penale. Per la propaganda, in particolare, si può parlare di una fattispecie *ad hoc* di *hate speech*. Ad oggi, tuttavia, il movente che viene in rilievo è limitato, da un lato, alla superiorità o all'odio razziale o etnico (la propaganda) e, dall'altro, ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (l'istigazione a atti di discriminazione)²⁰.

I possibili vuoti di tutela si ravvisano in particolare quando il discorso non è diretto contro un individuo determinato, ledendone l'onore e la reputazione, ma si riferisce ad una categoria generale. Possiamo ad esempio citare un caso di Trieste - che sarà analizzato nel dettaglio nel prosieguo²¹ - ove su un *post* pubblicato sui *social* troviamo le seguenti parole: «Un esponente LGBT è stato picchiato e scoppia il caso omofobia a Trieste [...] ma forse ha litigato con il fidanzato per la vasellina. [...] ricordiamoci che in più di un terzo dei paesi al mondo non esiste il problema omofobia perché per i gay c'è il carcere o la pena di morte. Noi avevamo il rogo un tempo, mentre in Russia c'è la legge anti-gay come in tutto l'est [...]». Si tratta solo di uno dei tanti *post* richiamati nella sentenza; in altri l'autore parla di persecuzione dei cristiani da parte di un governo filo-lgbt, di «dittatura democratica [dove] si arrestano gli omofobi e chi non accetta le avances dei gay», sulla sua necessità di chiedere asilo politico in Russia o Ungheria come perseguitato, poiché ricorda pubblicamente che l'omosessualità è contraria al cristianesimo. L'autore di

17 «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi [...] commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

18 Cass., sez. III, 11 ottobre 2006, n. 37733.

19 «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi». Non si può invece parlare di vuoto di tutela con riferimento all'assenza dei cittadini lgbtqia+ fra i gruppi protetti nella fattispecie di istigazione alla commissione di atti di violenza o di atti di provocazione alla violenza, di cui all'art. 604 bis c.1 lett. b) c.p., in quanto questa forma di *hate speech* risulta comunque suscettibile nella fattispecie di istigazione a delinquere *ex art.* 414 c.p.

20 L'art. 604 bis, infatti, è stato introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, con una mera traslazione *intra moenia Codicis* della disposizione precedentemente collocata all'art. 3 della L. 13 ottobre 1975 n. 654 (c.d. Legge Reale). Essa dava attuazione alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni discriminazione razziale* di New York del 1965 ed è stata poi riformata dal Decreto Mancino, dalla L. 24 febbraio 2006 n. 85, dalla L. 16 giugno 2016 n. 115 e dalla L. 20 novembre 2017 n. 167. Per un'analisi della fattispecie e della sua applicazione giurisprudenziale si rimanda a P. Caroli, *Art. 604-bis*, in T. Padovani (a cura di), *Codice Penale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2019, pp. 4147-4168.

21 Cfr. par. 5.4.

tali parole è stato sì condannato per diffamazione nei confronti della vittima dell'aggressione omofoba richiamata [«in questa sede, non si conduce una valutazione sul pensiero di xxx, né sulla sua "omofobia" (come egli stesso definisce il suo orientamento ideale a questo riguardo), bensì soltanto si ragiona della liceità delle espressioni da lui pubblicate e concernenti la persona del xxx»], ma è evidente che il centro del disvalore della condotta, che giustifica una pena di ben due anni e non sospesa, sta piuttosto nella propaganda contro gli omosessuali in generale, ricavabile dalle frasi successive alla prima; essa, tuttavia, non è punibile in quanto tale nel nostro ordinamento.

Problematico è poi il caso in cui l'odio e la discriminazione non siano palesati a mezzo di frasi di per sé ingiuriose o di incitamento alla violenza, ma si nascondano dietro un'esposizione apparentemente asettica e neutrale. Tale ipotesi si ricava, in parallelo, dalla giurisprudenza in tema di negazionismo²². Si pensi infatti al caso di un professore negazionista della Shoah, assolto dall'imputazione di propaganda ex art. 604 bis c.1 lett. a) c.p., poiché, nel caso di specie, l'esposizione delle tesi avveniva «con modalità del tutto asettiche [senza l'utilizzo di] termini indicativi della superiorità del Popolo ariano né [di manifestazioni di] odio verso il popolo ebraico» (Tribunale di Roma, sez. VI, 3 dicembre 2013)²³. Per questo tipo di ipotesi, tuttavia, la riflessione va al di là dell'omotransfobia²⁴ e imporrebbe un ripensamento più in generale di tutti i "reati di parola", portandoci a interrogarci sull'attualità del principio enunciato a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 65 del 4 maggio 1970²⁵. Ha ancora senso individuare in quel principio il faro ispiratore del limite penale alla libertà di manifestazione del pensiero? Da quella sentenza, infatti, non solo sono trascorsi cinquantatré anni, ma il mondo della comunicazione è totalmente cambiato, il potere di discorso pubblico è quotidianamente a disposizione di ogni cittadino e anche quella «istigazione indiretta» individuata dalla Corte presenta necessariamente delle modalità di manifestazione molto più sfumate, seguendo percorsi difficilmente prevedibili. In epoca di *social media*, complottismi²⁶ e *fake news*, può essere l'istigazione indiretta il parametro della rilevanza penale? E ove non fosse così, come individuare un confine con la libertà di espressione, evitando derive antidemocratiche a mo' di Cina o Singapore? E come separare l'auspicata prevenzione generale, sia negativa che positiva, da un indesiderabile *chilling effect*²⁷?

-
- 22 A livello comparato sui problemi della punizione del discorso negazionista privo di elementi direttamente incitanti alla violenza, si veda in particolare la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo TCE 235/2007, 7 novembre 2007; al riguardo E. Fronza, *Memory and Punishment: Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Asser Press, Den Haag, 2018, p. 138; C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 635 ss.; C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius 17*, 2009, pp. 191 ss., p. 224.
- 23 Il caso in questione era precedente all'introduzione nel nostro ordinamento dell'aggravante c.d. di negazionismo; si ritiene tuttavia che in ogni caso, in ragione della formulazione di tale aggravante, anche oggi una tale condotta resterebbe esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 604 bis c.p.; cfr. P. Caroli *Art. 604-bis*, in T. Padovani (a cura di), *Codice Penale*, cit., pp. 4147-4168, p. 4164.
- 24 Al riguardo, *infra*, par. 6.
- 25 Per tutti, C. Fiore, *Libera manifestazione del pensiero*, in *Arch. pen.*, 1971, n. 2, pp. 15 ss.
- 26 Per tutti, Wu Ming 1, *La Q di Qomplotto. QAnon e dintorni. Come le fantasie di complotto difendono il sistema*, Roma, Alegre, 2021.
- 27 Sul tema del c.d. "effetto raggelamento" o "effetto inibitore" della norma penale da ultimo A. Galluccio, *Chilling effect*, in C. Piergallini et al. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 1261-1272; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 263 ss.; L. Eusebi, *Colant omnes quemque. Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in *Discrimen*, 10 gennaio 2022, evidenzia il rischio di *chilling effect* con riferimento all'incertezza definitoria all'interno del c.d. D.d.l. Zan, «vale a dire l'astensione spontanea anche da comportamenti in realtà leciti, ma critici o problematizzanti, oppure semplicemente non in linea con l'orizzonte culturale di determinate visioni della sessualità, per il timore di incorrere in onerosi procedimenti penali, quale ne sia l'esito finale: un rischio di autocensura il quale, ovviamente, appare desumibile soprattutto, come diremo, dal ruolo che si vorrebbe attribuito agli atti discriminatori». In maniera simile, sottolineando anche i profili critici del D.d.l. Zan in tema di tassatività o determinatezza, L. Stortoni, *Qualche cosa dev'esserme sfuggita a proposito del ddl Zan*, in *Discrimen*, 2 settembre 2021. Galluccio sostiene che il rischio di deriva verso un *chilling effect* e verso scenari antidemocratici dovrebbe condurre a un *self-restraint* anche di fronte al deprecabile fenomeno delle *fake news* su Covid-19 e vaccini nel mezzo di un'emergenza pandemica globale: «L'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero [...] non è fra quei diritti, pure fondamentali, in grado di nuocere – almeno direttamente – allo sforzo di fermare il Covid-19. Esso è stato, a ben vedere, uno dei pochi diritti di libertà non compressi durante le fasi più dure del *lock down*. Ed è proprio in momenti di crisi, come quello che stiamo attraversando, che le ragioni che rendono la tutela delle manifestazioni del pensiero una 'pietra angolare' del buon funzionamento delle democrazie appaiono con straordinaria chiarezza» (A. Galluccio, *Social network e dissenso sulle misure anti-Covid: "parola pericolosa" penalmente rilevante?*, in M. Biasi et al. (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale*, Milano, Giuffrè, pp. 223-234. 230).

4. I tentativi di risposta in via giurisprudenziale

La giurisprudenza di merito relativa a casi di discriminazione di persone lgbtqia+, si è dimostrata alquanto creativa nel tentare di sopperire alla mancanza di intervento legislativo. In primo luogo, come si evidenzierà in questo paragrafo, proprio nel cercare di aggirare la lacuna appena menzionata. Nel paragrafo successivo, invece, si analizzeranno soluzioni giurisprudenziali che tentano di accrescere la risposta sanzionatoria a fronte della mancanza di un'aggravante di omotransfobia.

4.1. Il decoro collettivo del “movimento lgbt”

Un parziale tentativo (indiretto) di colmare la lacuna legislativa con riferimento alla propaganda omofoba, si può rinvenire nella sentenza Tribunale di Torino, sez. VI, 14 dicembre 2018 (dep. 14 febbraio 2019) n. 5009, confermata dalla Corte d'Appello il 14 giugno 2022²⁸. Ivi il Tribunale ha inizialmente preso atto che le generiche affermazioni discriminatorie nei confronti degli omosessuali, pronunciate dall'imputata durante una trasmissione radiofonica e pubblicate su un blog, non possono integrare il reato di diffamazione aggravata dal mezzo di pubblicità, in quanto aventi ad oggetto «comportamenti praticati o praticabili da un numero indistinto e potenzialmente illimitato di soggetti»; manca, dunque, il riferimento a «un gruppo o una (eventuale) categoria, pur generica e fluida».

Al contrario, tuttavia, quando tali offese siano dirette contro il “movimento lgbt” - l'imputata scriveva «Il movimento lgbt vuole annientare la libertà di opinione e sta diffondendo la pedofilia» -, il destinatario è un «soggetto collettivo [...] composto da persone identificabili negli attivisti ad esso partecipanti e in esso organizzati in associazioni dotate di rappresentanti attivi in ambito sociale e politico attraverso manifestazioni, eventi, azione politica; [...] un soggetto organizzato e dotato di una considerazione sociale ed il cui decoro collettivo [...] è tutelabile». Ciò consente di ritenere integrato il reato di diffamazione e di ritenere quindi le affermazioni penalmente rilevanti (nonché di condannare l'imputata al risarcimento danni nei confronti delle associazioni lgbt costituite parti civili). Restano invece penalmente irrilevanti le affermazioni della stessa imputata del calibro «Se si stabilisce che l'omosessualità non è un disordine di natura, allora anche la pedofilia lo può essere altrettanto», in quanti tali affermazioni «riguardano una condizione o un orientamento (“l'omosessualità” [...]), oppure dei comportamenti, in particolare la pratica di rapporti sessuali tra maschi con penetrazione anale [...] comportamenti praticati o praticabili da un numero indistinto e potenzialmente illimitato di soggetti. [...] Dunque laddove sono stati denigrati la condizione omosessuale o comportamenti ad essa inerenti in via generale, come nelle dichiarazioni prima citate, non vi è il reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p., neppure quando la forma della manifestazione sia censurabile nelle sue modalità per difetto di continenza».

È certamente apprezzabile lo sforzo del Giudicante di ricondurre quantomeno le affermazioni riferite al “movimento lgbt” alla diffamazione nei confronti di un soggetto collettivo, pur mancando in questo caso un riferimento a una specifica associazione in concreto, come avveniva invece nel caso del Senatore P. Tuttavia, è evidente come la vicenda sia indicativa della mancanza, nel nostro ordinamento, di una risposta penale alla propaganda omotransfobica in sé e per sé, quando non vada a ledere la reputazione di soggetti specifici o quando non costituisca direttamente un'istigazione a delinquere.

4.2. Il diritto del lavoro

Un altro tentativo di aggirare la lacuna sul versante della tutela penale, ricorrendo però a strumenti diversi dal diritto penale, ci viene offerto dalla condanna, davanti al Giudice del lavoro di Bergamo, di un noto avvocato, per aver affermato in una trasmissione radiofonica che non avrebbe mai assunto un omosessuale nel suo studio legale. In seguito ad un lungo *iter* giudiziario, che ha visto anche un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la Corte di cassazione ha chiuso la vicenda confermando che l'affermazione ha carattere discriminatorio e non è coperta dall'art. 21 Cost. L'avvocato è stato condannato a un risarcimento nei confronti dell'Associazione Avvocatura per i diritti Lgbti-

28 Tale procedimento non va confuso con quello a carico della stessa imputata - scrittrice e psicoterapeuta, nota anche per le sue posizioni *no vax* - per diffamazione nei confronti del Circolo di Cultura Omosessuale Mario Mieli, che la stessa aveva accusato di inneggiare a pedofilia, necrofilia e coprofagia. Tali affermazioni hanno portato ad un'altra condanna per diffamazione aggravata (Trib. Torino, 28 giugno 2019), confermata dalla Corte d'Appello di Torino il 18 marzo 2022.

Rete Lenford sulla base del d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, che tutela i lavoratori - non solo quelli effettivi, ma anche, in astratto, quelli potenziali - contro le discriminazioni sul luogo di lavoro²⁹.

La Corte di cassazione ha evidenziato come assumano rilievo anzitutto «lo status dell'autore delle dichiarazioni e la veste nella quale egli si è espresso, che lo configurino come un potenziale datore di lavoro»; quindi «la natura ed il contenuto delle dichiarazioni in questione, che devono riferirsi alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro e dimostrare l'intenzione di discriminare»; infine, «il contesto nel quale le dichiarazioni sono state effettuate, in particolare il loro carattere pubblico o privato, e anche il fatto che siano state oggetto di diffusione tra il pubblico». Al ricorrere di tali condizioni, l'affermazione rientra nel campo di applicazione della normativa antidiscriminatoria e può ritenersi produca l'effetto di sottoporre le persone portatrici di un determinato fattore di rischio a un trattamento svantaggioso, in termini di ostacolo o maggiore difficoltà nel reperire l'occupazione. Esse, infatti, saranno dissuase dal presentare le proprie candidature. Il noto avvocato, infatti, essendo dichiaratamente ancora titolare dello studio professionale e operativo nell'esercizio della professione forense, era ancora potenzialmente datore di lavoro e assuntore di collaboratori.

4.3. Una lacuna colmabile solo dal legislatore

Nonostante questi sforzi giurisprudenziali, non si può negare il fatto che il nostro ordinamento non dà una rilevanza specifica alla motivazione omotransfobica come fondamento della risposta penale. Per gli *hate crimes* - fra cui nel nostro ordinamento, come detto, rientra anche quell'*hate speech* che, in quanto indirizzato contro l'onore e la reputazione di singoli o gruppi individuati, possa essere sussunto in figure delittuose come la diffamazione - vi è comunque una risposta penale, ma il movente non incide espressamente e adeguatamente sul *quantum* sanzionatorio, come farebbe invece un movente di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa. Al contrario, quando l'*hate speech* resta propaganda "pura", cioè si astraie da destinatari specificamente individuabili o non si tramuta direttamente in un'istigazione a delinquere, o ancora nei casi di discriminazione "pura", il nostro ordinamento non reagisce sanzionando la condotta penalmente. La (sola) propaganda e la (sola) discriminazione di tipo omotransfobico non sono punite in quanto tali nel nostro ordinamento. In ciò si nota una differenza significativa rispetto all'*hate speech* razzista e alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Prima ancora della traslazione infracodicistica del 2018, l'art. 604 bis c.p., dopo un'iniziale interpretazione a tutela dell'ordine pubblico, a partire dal noto caso *Tosi*³⁰ è interpretato come reato a tutela della dignità umana. Un ulteriore passo nell'evoluzione dell'art. 604 bis quale strumento finalizzato a «rendere effettiva l'uguaglianza tra gli uomini³¹» si era avuto nel 2016³² con una criminalizzazione *ad hoc* del negazionismo storico, a mezzo di una circostanza aggravante³³, in attuazione alla Decisione

29 Per il primo grado cfr. Trib. Bergamo, sez. lavoro, ord. 06 agosto 2014, n. 791. Sul rinvio pregiudiziale presentato dalla Cassazione, la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza NH, 23 aprile 2020, C-507/18. Per un commento, cfr. M. Peruzzi, *Dichiarazioni omofobe e diritto antidiscriminatorio: conferme e limiti della giurisprudenza Ue nella sentenza Taormina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 2, pp. 368 ss.; G.A. Recchia, *Il peso delle parole: le dichiarazioni pubbliche omofobiche nell'accesso al lavoro al vaglio della Corte di Giustizia*, in *LG*, 2020, pp. 729 ss.; P. Tanzarella, *Il caso Taormina e la Corte di giustizia. Dalla libera espressione alla discriminazione*, in *Media Laws*, 2020, n. 2, pp. 289-304. Sulla successiva sentenza della Cassazione, M. Peruzzi, *Non solo parole. La decisione della Cassazione sul caso Taormina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 2, pp. 239-246. Per ulteriori riferimenti a casi di discriminazioni omotransfobiche davanti al Giudice del lavoro, *ivi*, p. 289 sub n. 3.

30 In particolare a partire dalla sentenza d'appello, Corte app. Venezia, 30 gennaio 2007, confermata da Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007 (dep. 28 marzo 2008), n. 13234. Per una ricostruzione dell'iter processuale, *ex plurimis* C. Caruso, *Dialettica della libertà d'espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma, Armando, pp. 133 ss. Tuttavia, in Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906 il reato è qualificato come plurioffensivo. Critici verso la svolta privatistica C. Visconti, *Il reato di propaganda*, cit., p. 201; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 55; A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 519 ss., p. 531.

31 Cfr. L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, Cedam, pp. 117 ss., p. 134.

32 Art. 5 L. 16 giugno 2016, n. 115.

33 Si tratta di un *unicum* nel quadro comparato. Considerano invece il terzo comma come titolo autonomo di reato, E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *Leg. Pen.*, www.lalegislazionepenale.eu, 2018; A.S. Scottò Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2016, n. 3, pp. 280-312, p. 305. Tuttavia, la descrizione delle condotte tipiche *per relationem* a quelle principali, la collocazione topografica, i lavori preparatori e il criterio teleologico fanno propendere per la qualificazione come aggravante.

Quadro UE del 28 novembre 2008³⁴. Si è sottolineato che la Decisione Quadro rappresenta il «'simbolismo identitario' della Collettività istituzionalizzata "UE"³⁵» e pertanto richiede la criminalizzazione del negazionismo in virtù di una difesa di valori fondanti un ordinamento da un punto di vista storico e costituzionale³⁶. L'art. 604 bis c.p. ha dunque oggi una doppia funzione. In primo luogo, esso costituisce un confine etico, e quindi presidio, della nostra società. In secondo luogo, ha un valore prescrittivo, ci indica la pietra angolare verso cui orientare la nostra vita sociale: quella eguale dignità umana che deve imporci di eliminare ogni discriminazione, indirizzandoci verso una *res publica* inclusiva e fondata sulla pari capacità di tutti i viventi. Leggendo poi la dignità mana alla luce della rubrica della sezione in cui la disposizione è collocata - Dei delitti contro l'eguaglianza - si ricava una nozione di «eguale dignità umana³⁷» come fondamento della giustizia sociale, che salda la prospettiva dei diritti con quella dei doveri di cura. È in questo modo che si può comprendere anche l'evoluzione giurisprudenziale, secondo cui l'art. 604 bis c.p. punisce oggi anche il c.d. "pensiero differenzialista", un neo-razzismo che non si basa su una concezione di superiorità biologica delle razze, bensì su una teoria di esclusione fondata sulle diversità culturali fra gruppi etnici, che porta a negare la comune umanità³⁸.

Così ricostruito il bene giuridico, dunque, la tutela apprestata dagli art. 604 bis e ter c.p. appare oggi incompleta, essendo limitata alla dignità del "diverso" in ragione della sua appartenenza razziale, etnica, nazionale o religiosa, non sanzionando invece le discriminazioni verso le persone lgbtqia+, i disabili fisici o mentali, le donne³⁹. La conseguenza di una piena tutela dell'eguaglianza sarebbe l'eliminazione *in toto* di un elenco tassativo, essendo sufficiente il riferimento alla negazione di un'eguale dignità nell'altro (con le connesse difficoltà probatorie e il rischio imminente di spostamento verso la colpa d'autore)⁴⁰. Non si vuole qui sostenere che l'art. 3 Cost. imponga al legislatore una tutela penale dei gruppi lgbtqia+, bensì che una siffatta tutela sarebbe non solo coperta, ma darebbe addirittura attuazione all'art. 3 c. 2 Cost.⁴¹.

34 Per una ricognizione comparata, cfr. E. Fronza, *Memory*, cit., *passim*.

35 Cfr. C.E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'Extrema Ratio'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, n. 3, pp. 1447-1487, p. 1483; al riguardo *ex plurimis* C. Sotis, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, 95 ss.

36 In questo senso M. Matuscheck, *Erinnerungsstrafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012. Parla di negazionismo come «tutela penale del consenso», E. Fronza, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1016-1033. Sul ruolo delle leggi memoriali come politica di integrazione culturale eurounitaria, P. Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'ammnistia Togliatti*, Napoli, E.S.I., 2020, p. 247 ss.

37 Cfr. M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 311. Presenta delle perplessità sulla tutela dell'eguaglianza a mezzo del diritto penale, sia in ragione della mobilità del concetto di eguaglianza, che del potenziale espansivo per il diritto penale, F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 8.

38 Trib. Verona, 2 dicembre 2004 (dep. 24 febbraio 2005), n. 2203. Nello stesso senso Corte app. Venezia 30 gennaio 2007; si veda A. Tesaro, *Riflessioni*, cit., p. 180; C. Visconti, *Il reato di propaganda*, cit., p. 196.

39 M. Nussbaum, *Le nuove frontiere*, cit., 341 e ss., pur se con riferimento generale a una teoria della giustizia e all'uso centrale della categoria dell'eguale dignità, non specificamente in relazione all'uso dello strumento penale.

40 In particolare per l'aggravante ex art. 604 ter c.p. Nel 2005 la V sezione della Cassazione (Cass., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295) stabilisce che l'epiteto «sporche negre» non integra l'aggravante, la quale deve dare rilevanza non ai motivi, ma alla «finalità esterna» della condotta. Poche settimane dopo (Cass., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381), la stessa sezione la applica alla frase «vai via di qua, sporca negra», pur a fronte della spinta emotiva di un fatto ingiusto subito: vi è discriminazione in virtù dello stesso «disconoscimento di uguaglianza, ovvero nell'affermazione di inferiorità sociale o giuridica altrui». È questo l'orientamento prevalente (cfr. P. Caroli, *Art. 604-ter*, cit., p. 4170 ss.). Va rilevato che il rischio intrinseco di scivolamento verso profili di colpa d'autore nell'accertamento in concreto non ci sembra inaccettabile con riferimento ad un'aggravante, che accede a un reato già perfetto.

41 In questo senso L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 254 (anche se, da una lettura complessiva, l'Autrice pare in più passaggi implicitamente più incline a riconoscere un obbligo di criminalizzazione derivante dall'art. 3 c. 2 Cost.). Pare invece più corretto ribadire come la Costituzione non vada concepita come un edificio chiuso, che esige valori di fedeltà e di attiva difesa, in quanto ciò porterebbe a negare le responsabilità primarie di valutazione e di scelta del potere politico legislativo. Si ritiene, infatti, che lo stesso «affidamento alla dialettica parlamentare del potere normativo penale [...] è operato a tutela dei diritti del cittadino e, quindi, in ultima analisi, costituisce un suo diritto costituzionalmente sancito» (così L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 660 ss., p. 642). Sul tema, per tutti, D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484-531. Molto di recente una cauta riapertura della riflessione sul tema degli obblighi punitivi è ripresa da F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, C. Piergallini et al. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., vol. II, pp. 845-876. Evidenzia come il contrasto penale al razzismo e all'omofobia trovi un fondamento non solo nell'art. 2 Cost., ma anche nella solidarietà sociale, particolarmente indebolita in particolare a fronte

5. I tentativi giurisprudenziali di colmare l'assenza di un'aggravante *ad hoc*

L'analisi della casistica ci porta ora a volgere nuovamente lo sguardo alle ipotesi di discriminazione che sono già suscettibili sotto fattispecie penali "tradizionali". Il fatto che una condotta sia punita attraverso figure delittuose che non fanno leva sul movente discriminatorio, infatti, può non essere ritenuta sufficiente. Ci si può chiedere, infatti, se il movente non meriti una specifica considerazione del legislatore in ragione delle peculiarità che connatura il reato, sia a fini di *labelling* che di quantificazione della pena. Nel nostro ordinamento è ad oggi assente una circostanza aggravante "d'odio", potenzialmente capace di applicarsi all'intera gamma degli *hate crimes*, compresi i discorsi costituenti *hate speech* che integrino già una fattispecie base cui il movente d'odio può accedere. L'art. 604 *ter* c.p.⁴², infatti, è stato introdotto dal D.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, con una mera traslazione *intra moenia Codicis* della disposizione di cui all'art. 3 del D.l. 26 aprile 1993 n. 122 (c.d. "decreto Mancino"), conv., con modif., in L. 25 giugno 1993 n. 205. Tale aggravante, non bilanciabile, costituiva il fulcro del decreto Mancino, che rappresentava un intervento legislativo organico antidiscriminatorio. Dopo il fallimento del tentativo di estensione legislativa a mezzo del D.d.l. Zan, ad oggi la disposizione fa ancora riferimento a chi commette un reato «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». Restano invece esclusi altri gruppi sociali, che sono tuttavia fra le principali vittime di odio e discriminazione⁴³, a cominciare dalla popolazione lgbtqia+.

Pur in assenza di un'apposita circostanza aggravante di omotransfobia, nella prassi giurisprudenziale troviamo varie tecniche finalizzate a compensarne l'assenza.

5.1. Mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche

Nel summenzionato caso di molestie con ingiurie da parte di persona a sua volta lesbica, si è ritenuto che il linguaggio omofobo fosse ragione sufficiente per escludere l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche. In particolare, la Corte di cassazione, conferma la correttezza dell'operato dei giudici di merito, che hanno «valorizzato l'orientamento sessuale e l'identità di genere della persona offesa al fine di connotare la gravità e la rilevanza penale delle condotte delle imputate e, altresì, per escludere la possibilità di concedere le circostanze attenuanti generiche, considerando come proprio l'identità di genere non possa giustificare condotte comunque discriminatorie, soprattutto in considerazione della circostanza fattuale relativa alla condivisione di tale identità tra le imputate e la vittima, il che rendeva le prime ben consapevoli della portata fortemente lesiva delle aggressioni mirate a stigmatizzare negativamente un determinato orientamento sessuale» (Corte di cassazione, sez. V, 25 maggio 2021, n. 30545). La mancata applicazione delle circostanze attenuanti generiche, si ritrova anche in una sentenza del Tribunale di Trieste del 29 settembre 2022, di cui si dirà nel prosieguo⁴⁴.

5.2. Applicazione dell'aggravante comune dei motivi abietti o futili ex art. 61 c.p., n. 1

Vanno segnalate due decisioni (Tribunale di Napoli, 11 dicembre 2014, n. 17573 e Tribunale di Bari, (ordinanza) 16 ottobre 2017), che paiono compensare l'assenza di un'aggravante *ad hoc* con l'applicazione dell'aggravante dei motivi abietti o futili. Entrambe le decisioni sono relative a casi di violente aggres-

delle forme meno appariscenti di neorazzismo, M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 2020 n. 8, pp. 1017-1021, p. 1020.

42 Art. 604 *ter* c.p. – Circostanza aggravante:

«Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'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.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.»

43 Con riferimento all'*hate speech*, ad esempio, l'aumento in relazione alla popolazione italiana lgbtqia+ viene evidenziato, fra gli altri, dai rapporti annuali della Commissione Europea Contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI) e dell'Agenzia UE per i Diritti Fondamentali (FRA). Un'iniziativa di monitoraggio importante è rappresentata anche dal "Barometro dell'odio" di Amnesty International.

44 Cfr. *infra* par. 5.4.

sioni di gruppo a persone omosessuali, corredate da espressioni ingiuriose chiaramente tese a denigrare l'orientamento sessuale delle vittime⁴⁵. In dottrina, tuttavia, si è evidenziato come una qualificazione della violenza omofotransfobica come abietta o futile non faccia venir meno la necessità di un'apposita aggravante di omotransfobia. Ciò per un doppio ordine di ragioni: da un lato, le circostanze aggravanti *ex art. 61 c.p.* possono essere elise dal bilanciamento con circostanze attenuanti e in ogni caso possono comportare un aumento sino ad un terzo; dall'altro, l'applicazione all'omotransfobia sarebbe rimessa alla valutazione del singolo giudicante circa il carattere abietto del substrato ideologico della condotta, nonché circa la futilità dei motivi (si pensi al caso in cui l'omofobia si innesti su una lite per altri motivi o su una precedente provocazione)⁴⁶.

5.3. Mancata concessione della sospensione condizionale della pena

Si registra poi un recente filone giurisprudenziale che pone il movente omotransfobico alla base della scelta di non concedere la sospensione condizionale della pena (Tribunale di Trieste, 29 settembre 2022, n. 1679; Tribunale di Milano, 20 ottobre 2022). In particolare significativa la già menzionata sentenza di Trieste. L'imputato veniva giudicato per un *post* sul *social* russo VK, ove commentava una precedente aggressione omofoba avvenuta in città con le seguenti parole: «Un esponente LGBT è stato picchiato e scoppia il caso omofobia a Trieste, siamo in campagna elettorale e succede ogni volta ma forse ha litigato con il fidanzato per la vasellina. Grande solidarietà da parte di tutte le forze politiche ma ricordiamoci che in più di un terzo dei paesi al mondo non esiste il problema omofobia perché per i gay c'è il carcere o la pena di morte. Noi avevamo il rogo un tempo, mentre in Russia c'è la legge anti-gay come in tutto l'est e per questo loro non accolgono palestrati che fuggono da paesi omofobi». E ancora, successivamente, scriveva «[...] ora pare che il militante LGBT, su di giri, ci abbia provato in modo insistente con un ragazzo che poteva essere suo figlio e lui stufo delle molestie ha reagito. Con le nuove leggi se un gay ti molesta devi farti sodomizzare se no vieni arrestato». L'imputato è stato conseguentemente condannato per diffamazione nei confronti della vittima dell'aggressione omofoba cui faceva riferimento. Pur non ritenendo applicabile all'omofobia l'aggravante *ex art. 604 ter c.p.*, contestata dal p.m., la sentenza ha inflitto una pena di due anni – più del doppio dei 10 mesi richiesti dall'accusa – senza applicazione delle circostanze attenuanti generiche e soprattutto senza concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena.

5.4. L'orientamento che applica comunque l'art. 604 ter c.p.

Infine, va segnalato un ulteriore - ma ben limitato - filone giurisprudenziale, che ritiene di poter applicare l'aggravante *ex art. 604 ter c.p.* all'omofobia, in virtù di un'estensione interpretativa e senza necessità di intervento legislativo. Secondo l'opinione prevalente, invece, il fatto che la disposizione preveda un elenco tassativo e non si riferisca alla discriminazione e all'odio in via generale, rende necessario un intervento legislativo e preclude l'estensione in sede giurisprudenziale. Ciò è avvenuto, invece, in altri Paesi, sia con riferimento a circostanze aggravanti che a fattispecie di propaganda razzista. In Germania, ad esempio, il § 130 StGB (*Volkshverhetzung* – Incitamento all'odio)⁴⁷, dopo l'elenco dei gruppi

45 Per un commento, G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica*, in questa *Rivista*, n. 1, 2020, p. 14.

46 In questo senso, *ivi*, 15. Sui motivi abietti o futili quali strumento di incidenza dei motivi sul *quantum* di colpevolezza, P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 263.

47 La disposizione recita:

«Chiunque, in maniera idonea a turbare la pace pubblica,

1. Incita all'odio o istiga all'uso di misure violente o arbitrarie nei confronti di un gruppo nazionale, razziale, religioso o determinato in base all'origine etnica, nei confronti di parti della popolazione o contro un individuo in ragione della sua appartenenza a uno dei suddetti gruppi o a una parte della popolazione ovvero

2. Ledo la dignità altrui insultando, disprezzando maliziosamente o diffamando uno dei suddetti gruppi, parti della popolazione o un individuo in ragione della sua appartenenza a uno dei suddetti gruppi o a una parte della popolazione,

è punito con la reclusione da tre mesi a cinque anni.

È punito con la reclusione fino a tre anni o con la pena pecuniaria chiunque,

1. Diffonde, rende accessibili al pubblico o offre a un minore contenuti che incitano

a) All'odio contro un gruppo di cui al c.1 n.1, contro parti della popolazione o contro un individuo in ragione della sua appartenenza a un gruppo di cui al c.1 n.1 o a una parte della popolazione,

b) Misure violente o arbitrarie contro persone o gruppi di persone di cui alla lettera a),

c) Ledo la dignità umana di persone o gruppi di persone di cui alla lettera a) insultando, disprezzando maliziosamente o diffamando ovvero

nazionali, razziali, religiosi e etnici, contiene anche la clausola residuale dell'odio nei confronti di *Teile der Bevölkerung* (parti della popolazione). Ciò ne ha consentito l'estensione giurisprudenziale all'incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali, degli immigrati in generale, degli appartenenti a uno specifico *Land*, dei disabili, di determinati gruppi politici, di chi vive del sussidio di disoccupazione, dei *punk*, dei giudici e procuratori, dei membri delle forze armate o delle forze dell'ordine⁴⁸. Anche il discorso d'odio nei confronti delle donne è stato recentemente sussunto nella fattispecie⁴⁹. Ha suscitato invece reazioni diverse in dottrina la proposta di Wolfgang Mitsch di includere nel concetto di *Teile der Bevölkerung* anche il gruppo maggioritario, al fine di qualificare come *Volksverhetzung* affermazioni, da parte di immigrati o stranieri in generale, del calibro di «tutti i tedeschi sono nazisti»⁵⁰.

In Italia, un tentativo di estensione giurisprudenziale si rinviene nell'ordinanza del Tribunale di Trieste del 2 dicembre 2011⁵¹, che si fonda su una singolare interpretazione dell'avversativa contenuta nel testo dell'attuale art. 604 *ter* (all'epoca *sub* art. 3 L. 205/1993): «...per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso». Ivi, infatti, si legge: «Ora, è il Giudice dell'opinione che vero e proprio perno interpretativo della disposizione normativa in oggetto sia costituito dall'avversativa "o", avversativa posta a cavallo tra due concetti affatto diversi sotto ogni punto di vista, e cioè la "discriminazione" nonché "l'odio". Inverso, se è fuori discussione che detto "odio", pena l'inaccettabile ricorso ad una analogia in *malam partem*, possa essere sussunto alla stregua della norma in questione solo ed esclusivamente allorché caratterizzato da ragioni etniche, nazionali, razziali o religiose, è, se non altro opinione di questo Giudice, altrettanto vero che la precedente "discriminazione" non sia necessariamente ricollegabile alle caratteristiche ora elencate, e che di conseguenza la medesima, ove ravvisabile,

2. Produce, si procura, fornisce, conserva, offre, pubblicizza contenuti di cui al n. 1 lettere da a) a c) o si impegna a importarli o esportarli al fine di utilizzarli ai sensi del n. 1 o di consentire ad altri un tale utilizzo.[...]

48 Per un'elencazione più dettagliata con i relativi riferimenti giurisprudenziali, si veda J. Schäfer - S. Anstötz, § 130 *StGB*, in V. Erb - J. Schäfer (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, vol. 3, 4° ed., München, C.H. Beck, 2021, Rn. 30 e ss., in particolare Rn. 34; D. Sternberg-Lieben - U. Schittenhelm, § 130 *StGB*, in A. Schönke - H. Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar*, 30° ed., München, C.H. Beck, 2019, Rn. 4; T. Fischer, § 130 *StGB*, in Id., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Kommentar*, 70° ed., München, C.H. Beck, 2023, Rn. 5. La giurisprudenza ha invece escluso che tale definizione possa essere estesa a gruppi più sfumati o esistenti solo nella testa dell'autore come "i rossi", "i traditori del popolo", "la sinistra" o, al contrario, gruppi troppo ristretti, come uno specifico nucleo di tifosi di una squadra di calcio (cfr. J. Schäfer - S. Anstötz, § 130, cit., Rn. 35).

49 Cfr. OLG Köln, 9 giugno 2020, 1 RVs 77/20; al riguardo L. Steinl, *Volksverhetzung gegen Frauen. Zur geschlechtsbezogenen Dimension von Hate Speech*, in *Verfassungsblog*, www.verfassungsblog.de, 30 giugno 2020. Per una condanna in Spagna, relativa a un post di odio contro le donne, cfr. J.M. Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 93 ss.

50 W. Mitsch, *Volksverhetzung gegen Deutsche*, in *Juristische Rundschau*, n. 9, pp. 380-382, in particolare p. 382; Id., *Der unmögliche Zustand des § 130 StGB*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 4, 2018, pp. 198-203; d'accordo, per esempio, anche M. Heger, § 130 *StGB*, in K. Lackner - K. Kühl - M. Heger (a cura di), *Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar*, 30° ed., München, C.H. Beck, 2023, Rn. 2; *contra ex plurimis* T. Fischer, § 130 *StGB*, cit., Rn. 4; D. Sternberg-Lieben - U. Schittenhelm, § 130 *StGB*, cit., Rn. 4. La proposta di Mitsch ha anche portato a un disegno di legge (non accolto) del partito *Alternative für Deutschland (AfD)*, al fine di inserire espressamente la popolazione tedesca fra i gruppi protetti dal § 130 *StGB*: *Deutscher Bundestag*, 19. Wahlperiode, Gesetzentwurf, Drucksache 19/1842, *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Einführung einer teilweisen Legaldefinition für „Teile der Bevölkerung“ in § 130 StGB*, 20 aprile 2018. In Italia la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità dell'attuale art. 604 bis c.p. all'espressione, pronunciata da uno straniero, «italiano di m...», poiché «il riferimento all'italiano, nel comune sentire, non può essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata» (Cass., sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590; ribadito anche da Cass., sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906). Parimenti, è escluso il reato in parola nel caso di chi afferma che i veneti sono «un popolo di ubriaconi ed alcolizzati atavici, i nonni, i padri, le madri». Ciò perché «l'odio razziale o etnico [...] è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori. Peraltro, la "discriminazione per motivi razziali" è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non — invece — sui suoi comportamenti» (Cass., sez. V, 23 febbraio 2016, n. 24065). Infine, Cass., sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906, ha ribadito che «l'essenza del reato (sul piano giuridico-applicativo) si sostanzia in una condotta che esprima un atteggiamento di odio razziale, espressione di adesione a talune dottrine o tendenze che professano l'inferiorità di alcune etnie e, quindi, la superiorità delle altre». Al riguardo si segnala la posizione di Trib. Monza, 30 giugno 2017, che aveva ritenuto integrato il reato in parola dal *post* di una consigliera comunale contenente l'immagine della penisola italiana priva del Meridione, accompagnata dal testo «Forza Etna! Forza Vesuvio!». Secondo il Tribunale, tali affermazioni costituivano una propaganda, tesa a «rafforzare il proprio senso di appartenenza in contrapposizione ad un'altra comunità di persone [...] definite e negativamente connotate per il solo essere originarie del Meridione d'Italia». La sentenza d'appello, che ha invece assolto l'imputata, è stata poi confermata dalla Cassazione (Cass., sez. I, 26/11/2019, (dep. 21/02/2020), n.6933), ma ha confermato che il comportamento fosse in astratto sussumibile nell'art. 604 bis c.p., ritenendo tuttavia che il contesto comunicativo, palesemente paradossale, fosse privo di connotazioni propagandistiche.

51 Disponibile su www.articolo29.it.

comporti di per sé la integrazione della aggravante in questione». Prosegue il Giudice sostenendo che, a differenza dell'odio, nella discriminazione vi sarebbe una personalizzazione dell'interesse tutelato, riferito a una diffusa categoria di individui⁵².

Per quanto affascinante, tuttavia, la summenzionata interpretazione della disgiuntiva pare una forzatura del testo, anche alla luce della normativa antidiscriminatoria nel suo complesso, oltre che foriera di difficoltà pratiche nella distinzione del confine fra odio e discriminazione, nonché di irragionevolezza in relazione alla limitazione della rilevanza penale dell'odio alle sole categorie protette elencate.

Più di recente, si registra una nuova applicazione dell'art. 604 ter c.p. all'omofobia da parte di Tribunale di Milano, 20 ottobre 2022, riferita a una condotta di lesioni. Il processo aveva ad oggetto le violenze perpetrate da una coppia di genitori, di origine egiziana, nei confronti del figlio in seguito al suo *coming out*. Le lesioni, aggravate ex art. 604 ter c.p., venivano integrate dal padre. La madre, al contrario, è stata condannata per omesso impedimento delle stesse e per la successiva omissione di soccorso. Undici anni dopo la summenzionata sentenza di Trieste, il Giudice del Tribunale di Milano giunge allo stesso esito. Tuttavia, questi non ne riprende l'argomentazione, né ne fornisce una propria. Dopo aver evidenziato come le condotte fossero mosse da omofobia - decisamente palese nel caso di specie -, il Giudice afferma apoditticamente: «[è] fondato il richiamo dell'aggravante di cui all'art. 604 ter c.p., da ritenersi pienamente applicabile alle forme di discriminazione manifestate in ambito sessuale. Già si è sottolineato, infatti come l'aggressione [...] sia stata nitidamente ispirata da sentimenti di odio verso l'autonomia manifestata dal minore in ordine alle proprie scelte di genere. Non solo sono parse chiare le motivazioni della violenza, ma pure le modalità realizzative della stessa ne rivelano la connotazione ideologica [...]. Ciò giustifica l'applicazione dell'aggravante in discorso, la quale si accompagna a quella inerente all'esistenza di un rapporto di filiazione tra aggressore e vittima». Proprio questa componente ideologica sarebbe indicativa, di «un'assoluta assenza di resipiscenza in capo agli imputati», che porta ad escludere anche l'applicazione della sospensione condizionale della pena.

Non pare che il Giudice abbia inteso riprendere, neppure implicitamente, l'argomentazione dell'ordinanza del 2011, dato che, per espressa ammissione del giudicante, l'aggravante viene qui applicata in relazione al movente di odio e non alla discriminazione, pertanto in contraddizione con la distinzione che era alla base dell'originale soluzione triestina. Al contrario, il Giudice pare ritenere che le aggettivazioni dell'odio elencate nella disposizione (etnico, nazionale, razziale o religioso) abbiano solo carattere esemplificativo per quella che verrebbe ad essere un'aggravante per reati a «connotazione ideologica». La carenza di motivazione, tuttavia, rende difficile comprendere il ragionamento che ha condotto il Giudice ad applicare l'aggravante ed è pertanto difficile ipotizzare che questa decisione possa rappresentare un valido precedente per giustificare in futuro l'applicazione dell'aggravante in parola, pur in assenza di un intervento legislativo⁵³.

5.5. Una giurisprudenza non univoca

Come evidenziato, ad eccezione del filone minoritario che ritiene comunque applicabile l'aggravante ex art. 604 ter c.p., la prassi giurisprudenziale pare caratterizzata dal trovare altre soluzioni per compensare in sede sanzionatoria l'assenza di tale aggravante, come la mancata concessione delle attenuanti generiche o l'applicazione dell'aggravante comune dei motivi abietti o futili ex art. 61 c.p., n. 1. Tali dinamiche, motivate dall'esigenza di infliggere una pena proporzionata al singolo caso, non paiono tuttavia una soluzione adeguata, sia perché non raggiungono lo stesso risultato di un'aggravante non bilanciabile, sia perché sono rimesse alla discrezione del singolo Giudice. Si veda, a titolo esemplificativo, la recente sentenza relativa al caso di Caivano⁵⁴, ove un uomo, che non accettava la relazione della sorella con una persona FtM⁵⁵, ha speronato lo scooter con a bordo i due fidanzati, causando la morte della sorella e il ferimento del compagno. La sentenza ha sì riconosciuto il movente transfobico⁵⁶, tanto da condannare l'imputato anche al risarcimento all'associazione *Antinoo Arcigay Napoli*, costituita parte civile. Tuttavia, si è ritenuto comunque di applicare le attenuanti generiche. Ciò, da un lato, perché si trattava di un

52 Critico su questa interpretazione G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, cit., p. 14.

53 Cfr. *infra* par. 5.4.

54 Corte ass. Napoli, 5.05.2022, n. 17.

55 Il termine FtM o F2M (*Female-to-Male*) indica una persona che ha completato - o che è attualmente in - una transizione di genere da femmina a maschio.

56 La sentenza parla impropriamente di omofobia, facendo riferimento al fatto che, anagraficamente, il compagno della sorella non ha effettuato il cambio di sesso, per cui nella sentenza viene appellato al femminile e la relazione viene qualificata come una relazione fra due donne.

omicidio preterintenzionale con dolo «d'impeto [...] finalizzato a ben altro evento rispetto a quello sopra verificatosi», andando la condotta a produrre «effetti contrari agli stessi fini dell'agente», tanto che egli avrebbe poi interrotto l'azione lesiva nei confronti del compagno della sorella per chiamare il 118. Dall'altro, la Corte d'Assise non pare convinta che il motivo transfobico, pur presente, fosse prevalente, essendo l'autore contrario alla relazione anche in ragione dell'attività di spaccio del compagno della sorella. Si tratta di una soluzione in contrasto con la giurisprudenza relativa all'art. 604 *ter* c.p. in tema di discriminazione razziale, che non richiede affatto l'esclusività della motivazione razzista e che ritiene l'aggravante compatibile addirittura con l'attenuante della provocazione⁵⁷.

Appare evidente come ci si trovi di fronte a sforzi giurisprudenziali nell'ambito dell'apprezzamento del singolo giudicante, che tuttavia non sembrano riuscire a negare la realtà per cui oggi, quando si parla di *hate crimes* o di *hate speech*, alcuni gruppi sociali vittime di odio e discriminazione (quelli razziali, etnici, nazionali e religiosi) godono di una tutela rafforzata rispetto ai cittadini lgbtqia+ e ad altri gruppi-vittima come donne e disabili.

6. Odio *online* e diritto penale impotente?

Come l'analisi ha dimostrato, oggi il principale campo di applicazione dell'*hate speech* di qualsiasi matrice è dato dai *social media*. I *social* mettono in crisi i tradizionali criteri di bilanciamento pensati per l'uso del diritto penale in relazione ai "reati di parola". Il discorso pubblico, infatti, è stato storicamente sempre appannaggio di pochi (politici, giornalisti, accademici, intellettuali) e filtrato da specifiche *élite*. La rivoluzione digitale ha infatti nel suo DNA la disintermediazione: un assalto al Palazzo di Inverno delle *élite* ed un'inedita presa diretta di tutti noi sul reale.⁵⁸ I *social* offrono a tutti un potere di discorso pubblico potenzialmente illimitato, un potere che, nella storia, non è mai stato a portata di mano di ciascun individuo. Questo potere, alimentato dalla distanza fisica – che elimina i freni inibitori (c.d. leoni da tastiera) – e dagli algoritmi che creano fenomeni descritti come *confirmation bias*, *echo chambers* e *filter bubbles*⁵⁹, fa venir meno tutti i criteri che regolano il nostro vivere sociale nel mondo reale e con essi le categorie dogmatiche penalistiche. Anche se oggi sappiamo che i *social* non sono una *no man's land* e che ci sono algoritmi e dinamiche precise che li governano⁶⁰, la percezione dei cittadini è quella di una giungla (quantomeno a livello costituzionale) e fa accrescere la domanda di confini. Ciò spiega una rinnovata richiesta di intervento dello strumento penale, con la forza simbolica dell'unica etica pubblica rimasta⁶¹. Si tratta, infatti, di un contesto sociale composto da utenti, dove i gruppi e le formazioni sociali scompaiono⁶² e rimangono individui soli, sovraeccitati dal *medium*, infantilizzati, spaventati e con una relazione filiale con il sistema. Senza contare che ciò si innesta su una società in generale formata sempre più da classi passive, «*sujetos del bienestar*»⁶³, una «società delle pretese»⁶⁴, che amplia a dismisura il concetto di stato sociale, includendo fra le prestazioni di quest'ultimo anche e prima di tutto lo strumento penale.

I *social*, tuttavia, mettono sotto stress anche le categorie dogmatiche penalistiche. Tanto per cominciare, viene meno un requisito essenziale per molti reati a partire proprio da quelli di opinione: la distinzione fra pubblico e privato. Tale distinzione non esiste più, è stata abolita «dalla dominante costruzione iconico-pornografica⁶⁵» nella società più totalizzante che la civiltà umana abbia mai cono-

57 Cass., sez. V, 28 novembre 2017 (dep. 22 gennaio 2018), n. 2630.

58 A. Baricco, *The game*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 210 ss.

59 Cfr. G. Pitruzzella – O. Pollicino, *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*, Milano, Bocconi University Press, 2020, pp. 46 ss.; R. Montaldo, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in *Media Laws*, 2020, n. 1, pp. 224 ss.; F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, E.S.I., 2022, pp. 27 ss.

60 Per tutti, S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2023.

61 Come evidenziato da Donini - M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, Mucchi, 2014 - infatti, manca un criterio identitario dell'etica pubblica diverso dal diritto penale.

62 Cfr. A. Baricco, *The game*, cit., in particolare p. 23.

63 Cfr. J.M. Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 24; l'espressione spagnola è tratta dall'originale Id., *La expansión del derecho penal*, Madrid, Civitas 1999, p. 52.

64 G. Sartori, *La democracia después del comunismo*, Madrid-Buenos Aires, Alianza, 1993, p. 118.

65 Cfr. B.C. Han, *Nello sciame*, Roma, Nottetempo, 2015, p. 11.

sciuto⁶⁶. Ma anche rapportando la stessa condotta individuale al principio di offensività, si riscontrano delle difficoltà. Non troviamo, infatti, né una lesione determinata dalla singola condotta, né siamo di fronte ad un'anticipazione dell'intervento penale sino al pericolo; al contrario, si produce sì una lesione, ma data dall'interazione della condotta del singolo con quella di molti individui che condividono il *post*, commentano, aggiungono una reazione. Il singolo commento resta in sé e per sé inoffensivo, ma il suo apparire come primo nella *home page*, stimolando ulteriori commenti e reazioni, crea una dimensione concorsuale, da un lato, e seriale, dall'altro, nel contribuire a creare un clima d'odio. Quindi devono essere chiamati a rispondere tutti coloro che hanno commentato e condiviso un *post*? E chi ha messo un *like*⁶⁷? Si può presumere un dolo concorsuale? E ancora, che ruolo ha il mezzo nella commisurazione della pena? Una sentenza del Tribunale di Padova⁶⁸ ritiene che le potenzialità propagandistiche del *social*, che non richiedono un comportamento attivo dell'utente successivo al postare, vadano considerate quale elemento a favore in sede commisurativa. Un Giudice di Livorno, al contrario, ritiene che proprio la scelta deliberata del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio renda l'agente meritevole di un più severo trattamento penale⁶⁹.

Alla luce di tutte queste particolarità, inoltre, è legittimo chiedersi se il bene tutelato sia ancora e davvero esclusivamente quello privatistico o se il riferimento alla dignità umana non veicoli piuttosto una pubblicizzazione della tutela penale. Si potrebbe infatti scorgere un'eco indiretta di categorie quali il buon costume o meglio un ordine pubblico ideale di tipo costituzionale⁷⁰: una determinata visione etica del mondo, fondata sul rispetto dell'eguale dignità di ciascuno e sull'assenza di discriminazioni e prevaricazioni. Tuttavia, avendo riguardo al contesto socio-culturale estremamente polarizzato in cui viviamo, questo non parrebbe essere un presidio penale che protegga un clima di valori condivisi, a fronte di provocazioni eccezionali, bensì un intervento finalizzato a creare un'identità sociale del *web* e a regolare l'esercizio quotidiano della comunicazione *social*, con una funzione di orientamento cognitivo - per dirla con Günther Jakobs - volto a mantenere l'aspettativa di un comportamento corretto in maniera controfattuale⁷¹. Non si può infatti dimenticare - e l'analisi dei summenzionati casi lo ha dimostrato - che l'omofobia non è (solo) un accidente eccezionale frutto di contesti culturali arretrati o di problemi personali; al contrario, molto spesso l'omofobia può essere espressione di una precisa scelta ideologica di campo, sia sul piano nazionale che su quello globale, in un contesto sempre più polarizzato e che, proprio per questo, richiede particolare cautela e ponderazione nelle scelte di criminalizzazione. Proprio la dignità e i diritti delle persone lgbtqia+, infatti, rappresentano un terreno di scontro quotidiano tanto all'interno di quella che possiamo definire come una lotta di classe fra classi culturali - in atto sia in Europa che, ancor più visibilmente, negli Stati Uniti - quanto in una dimensione geopolitica fra l'Occidente e il frastagliato universo che si pone in contraddizione con quest'ultimo⁷².

66 In questo senso B.C. Han, *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*; Roma, Nottetempo, 2016, *passim*.

67 Cfr. Cass., Sez. I, sent. 6 dicembre 2021 (dep. 9 febbraio 2022), n. 4534; al riguardo B. Fragasso, *Like Su Facebook ed Hate Crimes: note a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema Penale*, 20 maggio 2022.

68 Trib. Padova, 20 aprile 2011, n. 844.

69 Trib. Livorno, 31 dicembre 2012, n. 38912.

70 Sul concetto di ordine pubblico costituzionale e per i rimandi bibliografici, cfr. G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 33 *sub* n. 6.

71 Espressioni di G. Jakobs, *¿Terroristas como personas en derecho?*, in M. Cancio Meliá - C. Gómez-Jara Díez (a cura di), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid-Buenos Aires, Edisofer-BdeF, 2006, pp. 77 ss.; in generale sui c.d. *Klimaschutzdelikte*, G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 751-785.

72 Per una riflessione sul senso di precisa scelta di campo geopolitica assunta dall'omofobia, a partire dal conflitto russo-ucraino, ma non solo, sia consentito rinviare a P. Caroli, *Il diritto e la guerra*, in Aa. Vv., *Ucraina, Una ferita al cuore dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2022. Ci si permette dunque di dissentire da quanto osservato da Fiandaca, il quale dubita dell'equiparazione, in termini di disvalore etico-sociale e normativo, fra omofobia e razzismo, sostenendo come «non andrebbe trascurato che le motivazioni culturali e psicologiche di queste diverse forme di avversione non sono coincidenti, per cui non tutte giustificano la medesima reazione censoria: è forse superfluo rilevare che un atteggiamento omofobico può anche derivare da condizioni di disagio o sofferenza psichica (come, ad esempio, una incerta autopercezione sessuale o una omosessualità rimossa), le quali solleciterebbero comprensione e aiuto psicologico piuttosto che severi giudizi di disapprovazione» (G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, in *Il Foglio*, 17 maggio 2021). Si condivide invece quanto sostenuto da Visconti, il quale - in replica a A. Pugiotta, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, pp. 6-13 - invita a rinunciare a posizioni militanti in difesa del diritto penale liberale; egli precisa: «un conto è stigmatizzare l'abuso in chiave promozionale o simbolico-espressivo della criminalizzazione, altro conto è porsi il problema di tutelare, anche mediante il diritto penale, le aspettative egualitarie dei cittadini secondo quanto previsto dall'art. 3 della Costituzione [...] anche le sincere preoccupazioni che Pugiotta nutre rispetto alla reale utilità politico-criminale (diremmo

Infine, occorre osservare come l'uso del diritto penale per punire la parola *social* ponga molti problemi pratici. Due quelli più evidenti: la velocità della comunicazione *social* e la lentezza dei tempi della giustizia, da un lato, ed il dato quantitativo, dall'altro. L'intervento che si prospetta è infatti quantitativamente enorme in una società dove ogni affermazione di un qualsiasi "imbecille"⁷³, grazie ai *social* diventa pubblica propaganda.

7. Conclusioni

Le scelte penalistiche in relazione alla discriminazione ed in particolare l'estensione della disciplina vigente alla discriminazione nei confronti dei cittadini lgbtqia+, «ci pone di fronte a una scelta valoriale⁷⁴». Leggendo il sistema penale in una prospettiva di comunicazione, la presenza nel nostro ordinamento di fattispecie come gli artt. 604 bis e ter c.p. si spiega in funzione di una precisa identità sociale⁷⁵, quale emerge anche dell'art. 3 Cost.: essi dovrebbero essere strumentali a (ri)affermare quella che, con linguaggio gramsciano, si può definire la medesimezza umana. Se questa è la loro funzione, tuttavia, la tutela ivi apprestata è oggi incompleta, essendo limitata alla dignità del "diverso" in ragione della sua appartenenza razziale, etnica (per la propaganda) ovvero razziale, etnica, nazionale o religiosa (per le altre fattispecie e la circostanza aggravante). Certo, è noto quanto ancora controverso sia il riferimento alla dignità umana come oggetto di tutela penalistica nel suo rapportarsi alla teoria dei beni giuridici e ai principi di tipicità e di offensività, pena il rischio di una teodicea legittimante una repressione potenzialmente incontrollabile⁷⁶. Tuttavia, come evidenziato in dottrina, se «gli hate crimes sono "crimini simbolici", crimini che, se volessimo ricalcare le parole di Martha Nussbaum, violano la pari dignità degli esseri umani»⁷⁷, allora, la scelta dell'ordinamento di dare o non dare rilevanza espressa al motivo omotransfobico ha una significativa rilevanza simbolica e comunicativa nel definire i confini del nostro vivere sociale. A tale riguardo, giova rammentare che il giurista tedesco Werner *Maihofer*, nel volume *Rechtsstaat und menschliche Würde* del 1968⁷⁸, partendo dall'esplicito riferimento alla dignità umana contenuto all'art. 1 c. 1 della Legge fondamentale tedesca⁷⁹, descriveva tale concetto non come un *Sein*, bensì come un *Sollen*, non una *Naturbestimmung*, bensì una *Selbstbestimmung*, una scelta valoriale, una *Grundnorm* fondante l'ordinamento giuridico, la cui funzione è porre l'essere umano come scopo dello Stato. Lo Stato, infatti, deve garantire la singolarità, socialità e umanità di ciascuno anche nelle relazioni

noi penalisti) della scelta criminalizzatrice e al rischio di "vittimizzare" gli stessi *haters*, pur se certamente plausibili, vanno tuttavia contestualizzate, *hic et nunc*, nella dimensione storico politica che stiamo vivendo in tutto l'occidente, europeo in particolare» (C. Visconti, *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *Sistema Penale*, 4 febbraio 2021, p. 11). Ci si può, inoltre, interrogare su quali strumenti siano offerti dal diritto penale internazionale per reprimere le diverse forme di omotransfobia sistematica e di massa a livello globale e se e come l'omotransfobia possa andare a costituire un crimine contro l'umanità. Non potendo svolgere una tale riflessione in questa sede, si rinvia al recente e completo lavoro di V.V. Suhr, *Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court. Protection of Sexual and Gender Minorities under the Rome Statute*, Den Haag, Asser Press, 2022.

73 Dalla nota espressione di Umberto Eco.

74 Così M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan*, cit., p. 261.

75 Sul rapporto fra criminalizzazione, pena e identità sociale, per tutti G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie*, 2° ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 106 ss.

76 Per tutti e per i molti riferimenti bibliografici a favore e contro l'utilizzo della dignità umana come categoria dogmatica, cfr. A. Tesauro, *Riflessioni*, cit., in particolare pp. 1-48.

77 Cfr. L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., D. Pulitanò, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale Web*, www.giurisprudenzapenale.com, 2021, n. 7/8, difendeva le norme del D.d.l. Zan proprio per la loro valenza simbolica (pur auspicando in generale future politiche legislative penali tese al superamento della centralità del penale stesso, soprattutto sul piano identitario). Al contrario, con riferimento al c.d. D.d.l. Scalfarotto, sosteneva la necessità di verifiche empiriche preliminari sull'efficacia preventiva delle norme contro l'omotransfobia, E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 1, pp. 7-31, 30. Pare tuttavia opportuno riprendere quanto sostenuto da M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, pp. 14-27, secondo cui «l'argomento della (presunta) inefficacia della norma penale appare davvero poco spendibile in assenza di studi empirici che ne dimostrino la fondatezza. Semmai si potrebbe obiettare a contrario che proprio l'inefficacia che gli altri strumenti di orientamento sociale hanno mostrato potrebbe giustificare l'intervento penale» (*ivi*, p. 25).

78 W. Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1968.

79 *Ivi* si legge: «Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt».

fra privati. Tuttavia lo stesso Autore, già allora, notava la problematicità nel definire il contenuto concreto della necessaria tutela della dignità umana degli uni, quando ciò implichi la limitazione dei beni degli altri a mezzo della pena.

Tutto ciò viene oggi acuito dai *social media*, che impongono un ripensamento in generale dei “reati di parola”. Già solo il dato quantitativo spinge a chiedersi se non sia preferibile immaginare una disciplina *ad hoc* per i *social*, da accompagnarsi a forme di intervento sia sul piano culturale e sociale che su quello, in generale, della disciplina delle piattaforme digitali, imponendo una trasparenza e “democratizzazione” sia degli algoritmi che delle procedure di revisione e censura⁸⁰. Si potrebbe anche prendere le mosse dal modello tedesco della *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*⁸¹, che parte sì dal diritto penale (quello già esistente) per individuare quali siano i contenuti illeciti, ma obbligando poi i *provider* a rimuovere tali contenuti entro ventiquattr’ore dalla segnalazione da parte degli utenti. Se ciò non viene fatto, è lo stesso *provider* ad essere destinatario di una sanzione. Non, dunque nuove norme penali *ad hoc*, bensì una normativa che, imponendo un ruolo attivo al *provider* - pena sanzione -, estende al mondo dei *social* i limiti previsti per il mondo reale, grazie ad una funzione di polizia svolta dal *provider* e quindi senza il passaggio dalla giustizia penale. Certo, è anche questo un modello non esente da critiche, in particolare sulla delega che così attribuiamo a soggetti privati nel penetrare la nostra *privacy* e decidere cosa è ammesso e cosa no. Siamo sicuri che, per evitare sorveglianza e punizione da parte dello Stato, con il suo sistema di bilanciamenti e garanzie, sia opportuno trasferire un tale potere di sorveglianza e punizione a privati? E chi sono in concreti questi privati? Un algoritmo o gli ultimi sfruttati de sistema⁸²? Tuttavia, ciò ci suggerisce come, in ogni caso, il controllo del discorso pubblico sui *social* non possa essere lasciato esclusivamente alle aule giudiziarie.

Il diritto penale, tuttavia, in una logica di *extrema ratio* può avere comunque un ruolo, contribuendo anche a definire il volto costituzionale della nostra società. Certo, non ci si può nascondere il fatto che accettare, senza ipocrisie, che un intervento penale in tal senso è volto a creare un’identità sociale, con una funzione di orientamento cognitivo, in un mondo che viceversa è estremamente polarizzato, significa di fatto giustificare l’intervento penale in termini di presidio etico, il che può ancora essere visto come un tabù, riportando alla mente passati nefasti in una dottrina giustamente perplessa su categorie come l’ordine pubblico ideale, sulla tutela di valori e sentimenti, e sulla funzione pedagogica del diritto penale. Tuttavia, l’uso della parola sui *social media* potrebbe fornire un’adeguata occasione per una riflessione a monte sul rapporto fra diritto penale e etica pubblica, una discussione possibilmente laica e che sappia coniugare le esigenze attuali di tutela con il pluralismo e con le garanzie fondamentali.

80 Sull’attuale segretezza degli algoritmi, per tutti e per ulteriori riferimenti, F. Paruzzo, *I sovrani della rete*, pp. 144 ss.

81 Legge del 1° settembre 2017, in vigore dal 2018; essa prevede, per le piattaforme *social* con più di due milioni di iscritti in Germania, l’obbligo introdurre e comunicare procedure per la segnalazione e repressione dei contenuti illeciti. Il concetto di contenuti illeciti si ricava da diverse disposizioni del Codice penale. In caso di accertamento dell’illiceità, i contenuti vanno eliminati entro un lasso di tempo adeguato dal reclamo (da 24h a 7 giorni). Se il *provider* viola tali prescrizioni, si prevedono, per lo stesso, sanzioni per un massimo di 5 milioni di euro, indipendentemente dal fatto che il contenuto sia stato postato nel territorio tedesco. Si sanziona così il *provider* per la mancata “censura” del *post* di un utente.

82 Si rimanda al documentario *Quello che i social non dicono – The cleaners*, di H. Block – M. Riesewick, Germania-Brasile-Italia, 2018.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

genius@articolo29.it