



Università degli Studi di Milano Bicocca
Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
XXVIII ciclo
Curriculum: *Diritto Penale, Processuale e Criminologia*

**LA RILEVANZA PENALE DELL'OMOFobia
NELL'ORDINAMENTO PENALE
TEDESCO ED ITALIANO**

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa
CLAUDIA PECORELLA

Candidato

DOTT. FRANCESCO VIGORITI
Matr.: 775112

Anno accademico 2015-2016

*Alle tre donne della mia vita,
Ida, Anna e Mariachiara.*

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1 – L’odio omofobico	3
1. Le fonti europee.....	3
1.1. Gli atti di indirizzo europei.....	4
1.2. Carta di Nizza, Trattati dell’Unione, CEDU.	7
2. Il concetto di “omofobia”.	9
2.1. Eterosessismo.	13
2.2. Stereotipi e pregiudizi.....	18
2.2.1. Conoscenza umana, categorie, stereotipi.....	18
2.2.2. Dallo stereotipo al pregiudizio e alla discriminazione.	21
2.2.3. Il pregiudizio nelle “dinamiche intergruppi”.....	24
2.3. Stereotipi di genere ed eterosessismo.....	26
2.4. Eteronormatività ed omofobia.	29
3. L’omofobia nel contesto della criminalità da pregiudizio.....	31
3.1. Hate e Pregiudizio.....	32
3.2. Dal discorso al genocidio: i gradi dell’hate.....	33
3.2.1. Hate crime.....	34
3.2.1.1. Le forme di manifestazione dell’hate crime.....	38
3.2.1.2. Il maggior danno dell’hate crime.....	43
3.2.2. Hate speech.....	48
3.2.3. Genocidio.....	50
4. Contrasto effettivo dell’hate e legislazione.	52
4.1. Legislazione penale ed hate.....	54
4.1.1. Hate crime e diritto penale.....	54
4.1.2. Hate speech e diritto penale.....	59

4.2. Il fondamento giuridico della norma penale contro l'hate.	60
4.2.1. Hate e funzione retributiva della pena.....	61
4.2.2. Hate e funzione preventiva della pena.....	63
4.3. Le categorie vulnerabili.	72
4.3.1. La categoria delle persone LGBT.....	80
5. Riepilogo.....	86
KAPITEL 2 – Homophobie im deutschen Strafrecht	87
1. Einführung.	87
2. Historische Aspekte der Vorurteils kriminalität in Deutschland.	88
2.1 Antidiskriminierungsgebot und Staatsschutz	90
2.2 Staatsschutz und hate crime	91
2.2.1. Entwicklung der System der Datenerfassung.....	93
2.2.2. Politisch motivierte Kriminalität (PMK).....	96
2.3. Staatsschutz und Bekämpfung der Homophobie.....	100
3. Strafrechtliche Relevanz der Homophobie.....	104
3.1. Volksverhetzung (§ 130 StGB).	105
2.1.1. Das Rechtsgut des § 130 StGB.....	116
2.1.2. Die geschützte Opfergruppen.	123
2.1.3. Die Tathandlung des § 130 Abs. 1 StGB.	127
2.1.4. Die Begehungsweise: das Verhältnis zum §. 130, Abs. 2, StGB.....	131
2.1.5. Der subjektive Tatbestand.	135
2.1.6. Homophobische hetzende Sachverhalte in der Rechtsprechung.....	136
3.2. Vorurteil als niedriger Beweggrund von Mord (§ 211 StGB).	140
3.2.1. Die Tötungsdelikte.....	140
3.2.2. Die Mordmerkmale und „niedrige Beweggründe“.....	142
3.2.3. Subjektiver Tatbestand.	146
3.3. Beweggründe, Ziele und Strafzumessung (§ 46 StGB).	147

3.3.1. Kriminalpolitische Bedeutung des § 46 StGB.....	148
3.3.2. Vorgang der Strafzumessung.....	149
3.3.3. Strafzumessungstatsachen.	150
3.3.3.1. Beweggründe und Ziele des Täters.	151
3.3.3.2. Die Reform vom § 46, Abs. 2 StGB.....	153
3.3.3.3. Kritik zur Änderung des § 46 StGB.	155
3.3.3.4. Gesamtwürdigung der neuen Fassung des § 46 StGB. ...	158
4. Zusammenfassung.	158
CAPITOLO 3 – L’omofobia nel diritto penale italiano.....	161
1. Considerazioni introduttive.	161
2. Aspetti storici dell’omofobia in Italia.....	162
3. La tutela delle persone LGBT nella legislazione italiana.....	174
3.1. La tutela penale delle persone LGBT.....	180
3.1.1. L’apologia del fascismo e del genocidio.....	180
3.1.2. Istigazione all’odio tra le classi sociali.....	185
3.1.3. I motivi abietti o futili ed hate crime omofobici.....	187
3.1.4. La Legge Reale-Mancino.	193
3.1.4.1. L’oggetto giuridico della tutela.	197
3.1.4.2. Le fattispecie della Legge Reale-Mancino.....	205
3.1.4.2.1. Propaganda razzista.	205
3.1.4.2.2. Condotte discriminatorie.	207
3.1.4.2.3. Condotte violente.....	212
3.1.4.2.4. Condotta associativa.	216
3.1.4.2.5. L’aggravante di cui all’art. 3, D.L. 122/1993.....	219
3.1.5. Progetti di espressa introduzione del pregiudizio omofobico nell’ordinamento italiano.....	223
3.1.5.1. I progetti di legge AC 1658 ed AC 1882.....	224
3.1.5.2. I progetti di Legge AC 2802 ed AC 2807.	227
3.1.5.3. I progetti di legge AC 2807 e AC 4631.....	231

3.1.5.4. I progetti di legge AC 245, AC 280 e AC 1071.....	231
3.1.5.5. Considerazioni generali.	237
3.1.5.6. Considerazioni sul testo in fase di approvazione.	243
3.1.5.6.1. L’omofobia e transfobia quali elementi della fattispecie.....	244
3.1.5.6.2. La terminologia: finalità o motivi.....	246
3.1.5.6.3. La causa di non punibilità di cui al comma 3-bis.....	249
4. Riepilogo.....	254
CAPITOLO 4 – Aspetti comparatistici	257
1. Premessa.	257
2. Ordinamento tedesco e italiano a confronto.....	258
2.1. Elementi di analogia nelle fattispecie di hate speech.	261
2.2. Elementi di differenziazione delle fattispecie di hate speech.....	262
2.3. L’Hate crime nelle due legislazioni.....	267
3. Conclusioni: la rilevanza penale dell’omofobia nell’ordinamento penale tedesco e italiano.	272
BIBLIOGRAFIA	277

INTRODUZIONE

La presente indagine mira ad esaminare le problematiche sottese alla scelta dello strumento penalistico nel contrasto al fenomeno dell' "omofobia" e della "transfobia", con particolare riferimento alla incriminazione di condotte ispirate dall'odio di matrice omofobica e transfobica. La tematica presenta profili di particolare complessità in ragione dei numerosi aspetti non solo giuridici ma anzitutto metagiuridici che coinvolge, la comprensione dei quali risulta indispensabile per una analisi realistica *de jure condito* ma, soprattutto, ad oggi ancora *de jure condendo*. L'occasione del presente lavoro, infatti, è rappresentata dal disegno di legge recante "*disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*" meglio noto come "DDL Scalfarotto"¹, approvato alla Camera dei deputati il 19 settembre 2013 ed attualmente in esame al Senato della Repubblica. Il provvedimento in questione, ad oggi non ancora approvato in via definitiva, già da tempo è stato al centro di accesi dibattiti sia nell'opinione pubblica che nel mondo accademico su di una pluralità di questioni per molti aspetti analoghe a quelle che fin dal principio hanno riguardato la normativa italiana in materia di contrasto alla discriminazione razziale². Nondimeno la tematica in esame presenta considerevoli peculiarità rispetto al discorso strettamente razziale e xenofobo soprattutto per le maggiori critiche provenienti da quella parte di società civile che manifesta posizioni ostili nei

¹ Così chiamato dal nome del primo firmatario del disegno di legge, on. Ivan Scalfarotto.

² Trattasi della cd. Legge Reale- Mancino, su cui si veda *infra* cap. 3.

confronti dell'omosessualità e transessualità e che nella legge in discussione vede un pericolo per le proprie libertà costituzionalmente garantite. In un contesto in cui una parte piuttosto consistente della società civile manifesta il proprio disappunto di fronte ad una specifica scelta di criminalizzazione di condotte, affiora la necessità di un'analisi di siffatta azione legislativa in un'ottica di politica criminale oltre che specificamente di diritto penale, che prenda le mosse dallo stato della legislazione vigente – nazionale e sovranazionale – in tema di contrasto dell'omofobia e transfobia e dallo specifico esame delle problematiche e modalità d'approccio concrete che vi sottendono. Da tali considerazioni deriva, pertanto, la necessità di analizzare il fenomeno dell'omo/transfobia in un'ottica psicosociale e criminologica che consenta di inquadrarlo nell'ambito dei crimini e discorsi di odio; tale ultima prospettiva elaborata negli Stati Uniti a partire dagli anni '80 è stata fatta propria anche in Europa quale modello interpretativo di analoghi fenomeni. Il lavoro proseguirà con l'analisi delle soluzioni normative penalistiche nell'ordinamento tedesco (cap. II), nonché dello status della legislazione italiana in materia (cap. III), per concludersi con una serie di considerazioni di carattere comparatistico (cap. IV).

CAPITOLO 1

L'odio omofobico

Le fonti europee – 1.1. Gli atti di indirizzo europei – 1.2 Carta di Nizza, Trattati dell'Unione, CEDU – 2. Il concetto di “omofobia” – 2.1. Eterosessismo – 2.2. Stereotipi e pregiudizi – 2.2.1. Conoscenza umana, categorie e stereotipi – 2.2.2. Dallo stereotipo al pregiudizio e alla discriminazione – 2.2.3. Il pregiudizio nelle “dinamiche intergruppi” – 2.3. Stereotipi di genere ed eterosessismo – 2.4. Eteronormatività ed omofobia – 3. L'omofobia nel contesto della criminalità legata al pregiudizio: Hate crimes. 3.1. Hate e pregiudizio – 3.2. Dal discorso al genocidio: i gradi dell'hate – 3.2.1. Hate crime – 3.2.1.1. Le forme di manifestazione dell'hate – 3.2.1.2. Il maggior danno dell'hate crime – 3.2.2. Hate speech – 3.2.3. Genocidio – 4. Contrasto effettivo dell'hate e legislazione – 4.1. Legislazione penale ed hate – 4.1.1. Hate crime e diritto penale – 4.1.2. Hate speech e diritto penale – 4.2. Il fondamento giuridico della norma penale contro l'hate – 4.2.1. Hate e funzione retributiva della pena – 4.2.2. Hate e funzione preventiva della pena – 4.3. Le categorie vulnerabili – 4.3.1. La categoria delle persone LGBT – 5. Riepilogo.

1. Le fonti europee.

La riflessione in Italia sull'impiego dello strumento penale nel contrasto all'omofobia ed alla transfobia³ è molto recente e ricca di contrasti talvolta dai toni sensibilmente accesi. Ad influire sull'apertura del dibattito ha consistentemente contribuito l'azione dell'Unione Europea oltre che il confronto con politiche interne a numerosi tra gli Stati membri dell'Unione stessa in materia di diritti civili e tutela a tutto campo delle persone LGBT⁴.

³ Nel contesto del presente lavoro, pur nella consapevolezza delle differenti questioni sottese all'omosessualità ed alla transessualità, e quindi all'omofobia ed alla transfobia, il termine omofobia e l'analisi che riguarda il fenomeno da esso individuato verrà riferito altresì alla transfobia per la sostanziale sovrapponibilità delle questioni di natura giuridica riguardanti i due fenomeni, salvo casi in cui sarà opportuno evidenziare specifiche distinzioni.

⁴ L'acronimo LGBT (Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transessuali) individua l'insieme delle persone contraddistinte da identità sessuale storicamente stigmatizzata. Pur nella consapevolezza che

Contestualmente, il venire alla ribalta di episodi di cronaca nera che hanno visto coinvolte in veste di vittime persone omosessuali e transessuali⁵, ha altresì alimentato il dibattito sulla tutela da aggressioni e da atti di discriminazione perpetrate per l'avversione degli autori rispetto ad omosessualità e transessualità. La discussione si è particolarmente incentrata su due profili, la prevenzione e la repressione del fenomeno, al fine di garantire una tutela completa delle predette vittime, potenziali ed effettive, di atti di discriminazione e violenza.

1.1. Gli atti di indirizzo europei.

A livello europeo interventi volti a spronare gli Stati ad aprire le proprie politiche pubbliche alla lotta alla discriminazione delle persone LGBT si sono registrati già a partire dagli anni '80, quando in alcuni degli attuali Stati membri dell'Unione Europea costituivano ancora reato criminose gli atti sessuali tra adulti consenzienti⁶. Con la Raccomandazione 924 (1981) l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa tramite il Comitato dei Ministri invitava gli Stati Membri, tra l'altro, ad abolire le leggi e le pratiche di persecuzione di atti omosessuali tra adulti consenzienti oltre che a porre fine a schedature degli

tale sigla riconosciuta anche a livello internazionale sta evolvendo per ricomprendere ulteriori categorie di soggetti dall'identità sessuale non convenzionale – ad esempio, intersessuali – nel corso della presente indagine si farà uso della sigla composta di sole quattro lettere.

⁵ Si vedano, a riguardo, i rapporti in tema di omo- e transfobia stilati dall'associazione "Arcigay" per gli anni 2006 – 2011, consultabili sul sito www.arcigay.it/pubblicazioni

⁶ In Irlanda risale al 1993 la definitiva abrogazione della norma penale in questione; in Germania il § 175 StGB viene espressamente abrogato solo nel 1994

omosessuali ed a distruggere le schedature già realizzate dagli organi di polizia⁷. Sulla stessa linea risulta la risoluzione del Parlamento Europeo “sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità” (Risoluzione A3-0028/94) dell’8 febbraio 1994, in cui si evidenzia come, nonostante i cambiamenti sociali e culturali gay e lesbiche *“in molti settori della società, sono ancora esposti, spesso fin dalla prima giovinezza, a derisione, ad intimidazioni, discriminazioni e perfino violenze”*⁸. La stessa risoluzione, inoltre, invita gli Stati membri ad intraprendere una campagna di prevenzione e di repressione di atti di violenza cui sono sottoposti gli omosessuali⁹ nonché contro gli atti di discriminazione¹⁰. Di tenore ben più incisivo è la risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006 in cui – tra l’altro – si richiede agli Stati

⁷ Si veda il punto 7 della raccomandazione 924 (1981): *“Recommande au Comité des Ministres: i) d’exhorter les Etats membres où les actes homosexuels entre adultes consentants sont passibles de poursuites pénales, à abolir ces lois et pratiques; [...] iii) d’inviter les gouvernements des Etats membres: a) à ordonner la destruction des fichiers spéciaux existants sur les homosexuels, et l’abolition de la pratique de faire ficher les homosexuels par la police ou par toute autre autorité; [...]”*.

⁸ Punto C. dei considerando.

⁹ Al punto 10 della parte dispositiva della Raccomandazione si afferma: *“[il Parlamento Europeo] chiede agli Stati membri di adottare misure e di intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali delle lesbiche e dei gay contro gli atti di violenza di cui sono vittime in misura crescente gli omosessuali, e di assicurare che gli autori di tali atti di violenza vengano sottoposti a procedimento giudiziario”*.

¹⁰ Punto 11 della parte dispositiva: *“invita gli Stati membri ad adottare misure e intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali delle lesbiche e dei gay, contro tutte le forme di discriminazione sociale nei confronti degli omosessuali”*.

membri *“di assicurare che le persone GLBT vengano protette da discorsi omofobici intrisi d’odio e da atti di violenza omofobici e di garantire che i partner dello stesso sesso godano del rispetto, della dignità e della protezione riconosciuti al resto della società”*¹¹, nonché *“di adottare qualsiasi altra misura che ritengano opportuna nella lotta all’omofobia ed alla discriminazione basata sull’orientamento sessuale e di promuovere e adottare il principio dell’uguaglianza nelle loro società e nei loro ordinamenti giuridici”*¹²; oltre all’aspetto repressivo nonché di posizione del fine cui le politiche degli Stati membri devo tendere rispetto al problema dell’omofobia, la Risoluzione in esame contiene una specifica indicazione di strumenti per l’intensificazione della lotta all’omofobia, in particolare *“un’azione pedagogica, ad esempio, attraverso campagne contro l’omofobia condotte nelle scuole, le università ed i mezzi d’informazione e anche per via amministrativa, giudiziaria e legislativa”*¹³. Il 31 marzo 2010 viene, poi, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 sulle *“misure volte a combattere la discriminazione fondata sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere”*. Nuovamente si invitano gli Stati Membri a *“vigilare affinché siano adottate ed applicate in modo efficace misure legislative e di altro tipo miranti combattere ogni discriminazione fondata sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere, a garantire il rispetto dei diritti umani alle persone lesbiche,*

¹¹ Punto 2 della parte dispositiva.

¹² Punto 10 della parte dispositiva.

¹³ Punto 5 della parte dispositiva.

*gay, bisessuali e transessuali e a promuovere la tolleranza nei loro confronti”*¹⁴.

1.2. Carta di Nizza, Trattati dell’Unione, CEDU.

Se tali sono i principali atti di indirizzo dell’Unione Europea che hanno dato impulso alla lotta all’omofobia in Europa¹⁵, valore più pregnante – per quanto generiche – assumono le norme dei Trattati istitutivi dell’Unione nella versione consolidata successiva al Trattato di Lisbona. In particolare l’art. 3, comma 3, secondo periodo del TUE (ex art. 2 TUE) prevede che *“l’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra generazioni e la tutela dei diritti del minore”*. Analogamente nel TFUE è presente una norma programmatica antidiscriminazione, ove all’art. 10 si prevede che *“nella definizione ed attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”*. Tale previsione è più oltre integrata dall’art. 19 (ex art. 13 TCE) che prevede uno specifico strumento di azione in ambito antidiscriminatorio allorché *“fatte salve le altre*

¹⁴ CM/Rec(2010)5, punto 2 della parte dispositiva.

¹⁵ Giova ricordare che vari ulteriori atti di indirizzo, ma anche più strettamente legislativi sono stati adottati dall’Unione Europea per incidere sulle politiche degli Stati membri relative alla lotta all’omofobia e transfobia; degne di particolare nota sono ad esempio le *risoluzioni del Parlamento europeo del 26 aprile 2007* (sull’omofobia in Europa) e del *24 maggio 2012* (sulla lotta contro l’omofobia in Europa); nel campo del diritto del lavoro di rilievo risulta la Direttiva 2000/78/CE, recepita in Italia con d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Di portata più ampia ancora – data la sua vocazione di collettore di principi – è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁶, la quale all'art. 21, comma 1, stabilisce che “*è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*”. Infine non può tacersi delle indicazioni impartite dalla CEDU in materia e precisamente l'art. 14, rubricato “*divieto di discriminazione*”, il quale con formula particolarmente ampia stabilisce che “*il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una*

¹⁶ Adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, meglio nota come Carta di Nizza, in quanto solennemente proclamata per la prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona la Carta di Nizza cessa di avere un valore meramente dichiarativo per vedersi conferito pari valore giuridico riconosciuto ai Trattati istitutivi dell'Unione, ai sensi dell'art. 6, comma 1, TUE.

minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”, ove tra le “altre condizioni” non può non ravvisarsi altresì l’orientamento sessuale e l’identità di genere.

Per meglio comprendere le linee di tendenza stabilite dalla normativa sovranazionale ed individuare specifici criteri di approccio alla lotta alle discriminazioni sulla base dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere occorre brevemente esaminare il fenomeno che vi è sotteso, l’“omofobia”.

2. Il concetto di “omofobia”.

Il termine “omofobia” compare per la prima volta nel 1969, in contesto tutt’altro che scientifico, una rivista americana di genere pornografico indirizzata ad un pubblico maschile eterosessuale, ove settimanalmente gli attivisti gay Jack Nichols e Lige Clarke scrivevano di tematiche legate al mondo dell’omosessualità¹⁷. In tale contesto il termine venne usato in riferimento alla paura degli eterosessuali rispetto alla possibilità che altri li ritengano omosessuali. Invero il termine non fu originale conio dei due attivisti ma gli stessi lo avevano recepito da conversazioni con l’amico psicoterapeuta George Weinberg, il quale già da anni osservava e studiava il fenomeno ipotizzandone un termine descrittivo. Ed è negli scritti di Weinberg che il termine “omofobia” fa la sua comparsa nella letteratura scientifica. È lo stesso Weinberg che presenta per la prima volta il termine in un articolo comparso nel 1971, ancora una volta in una rivista non

¹⁷ Il dato è riferito da HEREK G. M., *Beyond “Homophobia”: Thinking about Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in *Sexuality Research & Social Policy Journal*, vol. 1, n. 2, p. 7

scientifica¹⁸, proponendo come definizione “*il terrore di stare in un posto chiuso con persone omosessuali e, nel caso degli stessi omosessuali, un’avversione verso se stessi*”¹⁹ e successivamente nel suo primo studio compiuto e pionieristico sul tema²⁰. Numerose sono state le critiche²¹ all’uso del termine, in particolare in riferimento al rapporto tra significato etimologico e significato attribuito. L’etimo greco del termine – “ὁμός”, simile e “φοβία”, paura – dovrebbe suggerire un significato in termini di “paura del simile”, laddove l’etimo latino – “homo”, essere umano e “φοβία”, paura – lascerebbe intendere “paura degli esseri umani”. Una critica più di merito all’accezione del termine ha avuto ad oggetto la presenza del concetto di “fobia”, intesa quale paura irrazionale²² e, nel caso di specie, nei

¹⁸ Si tratta del settimanale “Gay” dell’amico attivista Jack Nichols, ove comparve, il 19 luglio il contributo di Weinberg dal titolo “Word for the New Culture”.

¹⁹ “*The dread of being in close quarters with homosexuals and in the case of homosexuals themselves, selfloathing*”

²⁰ WEINBERG G., *Society and the Healthy Homosexual*, St. Martin's Press, New York, 1972.

²¹ Per una panoramica delle critiche al termine “omofobia” si veda, per tutti, GRAGLIA M., *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, pp. 23-24, nonché MAUCERI S., *Omofobia come costruzione sociale*, Franco Angeli editore, Milano, 2015, pp. 15-16.

²² HEREK G. M., *Beyond “Homophobia”: Thinking about Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in *Sexuality Research & Social Policy Journal*, vol. 1, n. 2, pp. 10-11, effettua un confronto tra la definizione di “omofobia” di Weinberg e la definizione di “fobia” presente nella seconda edizione del DSM coevo alla pubblicazione dell’opera di Weinberg, definizione che recita: “*an intense fear response to a particular object or category of object. It is irrational, recognized by the patient as not objectively appropriate. And it is associated with unpleasant*

confronti di omosessuali. Proprio l'aspetto dell'irrazionalità tipica delle fobie viene confutato dalle scienze sociali le quali evidenziano come l'omofobia abbia un fondamento sociale e culturale. Si è osservato, infatti, che a differenza dei più comuni disturbi definiti come "fobie", nell'omofobia difettano due elementi essenziali: in primo luogo la persona omofoba non fugge dalla fonte della propria fobia ma vi si relaziona talvolta giungendo all'aggressione fisica; in secondo luogo non ritiene che il proprio "disturbo" rappresenti un ostacolo alla conduzione di un'esistenza serena e quindi da "guarire" (Herek, 2004). Il termine "omofobia" veniva alla luce in un contesto storico particolarmente ricco di cambiamenti, prima ancora che politici e militari soprattutto di carattere sociale e culturale sfociati nella "rivoluzione" del '68. La temperie culturale che ha condotto ai fatti del '68 sull'onda della cd. "liberazione sessuale" ha coinvolto anche l'ambito medico-scientifico che, probabilmente non a caso, con l'edizione III del DSM (1973) espungeva l'omosessualità dal catalogo delle condizioni psicopatologiche. Tale periodo segna un passaggio fondamentale nell'approccio alla tematica omosessuale, determinando lo spostamento dell'attenzione dal fenomeno "omosessualità" al fenomeno "omofobia". A prescindere dai rilievi critici sull'aspetto patologizzante del termine "omofobia", nonché dalle numerose proposte lessicali alternative di cui si è detto, occorre prendere atto che il termine si è ormai attestato sia nel linguaggio comune che nel linguaggio scientifico per designare, in senso piuttosto ampio, "paura o rifiuto

physiological symptoms that interfere with the life of the phobic individual".

dell'omosessualità"²³, "discriminazione, violenza ed ostracismo contro lesbiche e gay"²⁴. La nascita del termine coincide con l'inizio di un percorso di studi e ricerche che ha visto come oggetto di indagine anzitutto la fenomenologia dell'omofobia con lo scopo di poter giungere a comprenderne le cause. Occorre fin d'ora precisare che, soprattutto sotto l'aspetto descrittivo del fenomeno, non è dato riscontrare in letteratura una proposta lessicale univoca, ferma restando la convergenza dei risultati osservativi.

Sotto il profilo fenomenologico gli studi compiuti hanno messo in rilievo una prima *summa divisio* di ordine descrittivo, l'omofobia individuale e l'omofobia collettiva. Seguendo un autorevole nonché accurato studio del fenomeno²⁵, alla prima vanno ascritte l'"omofobia individuale" (in senso stretto) e l'"omofobia interpersonale". Tali aspetti individuano rispettivamente la dimensione cognitiva e comportamentale, ove la prima riguarda i pregiudizi individuali verso gay e lesbiche e la seconda consiste nella traduzione di tali pregiudizi in atteggiamenti e comportamenti di natura discriminatoria²⁶. Quanto all'omofobia collettiva, essa presenta gli stessi caratteri dell'omofobia individuale ricondotti, però, a livello di macrosistema, in particolare: "omofobia sociale"

²³ CASTEÑEDA M., *Comprendere l'omosessualità*, Armando Editore, Milano, 2014, p. 107.

²⁴ TRAPPOLIN L., MOTTERLE T., *One Step Beyond: Researching Homophobia in Italian Society*, in TRAPPOLIN L., GASPARINI A., WINTEMUTE R. (a cura di), *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Hart Publishing, 2012, p. 21

²⁵ BLUMENFELD W.J. (a cura di), *Homophobia: How We All Pay the Price*, Beacon Press, Boston, 1992, citato in LINGIARDI V., *Citizen Gay*, Il Saggiatore, 2012, p. 53.

²⁶ LINGIARDI V., *Citizen Gay*, cit., ibidem.

rappresentata dai comuni stereotipi su gay e lesbiche e l'esclusione di questi dalle rappresentanze culturali collettive; "omofobia istituzionale", consistente nelle politiche discriminatorie poste in essere dagli apparati istituzionali ad ogni livello (istituzioni politiche, enti di carattere economico, ecc.)²⁷. Tale analisi mette in luce un rapporto di circolarità tra l'aspetto individuale e l'aspetto collettivo dell'omofobia tale da aver indotto taluni a diffidare del concetto di omofobia e si è optato per una definizione del fenomeno, complessivamente riguardato, in termini di "omonegatività", di cui l'omofobia in senso stretto rappresenterebbe l'aspetto individuale, mentre l'aspetto collettivo sarebbe rappresentato dall' "eterosessismo"²⁸. Tale ultimo concetto risulta centrale nella comprensione della circolarità dell'omofobia, ove pregiudizi e comportamenti ostracizzanti individuali alimentano e sono alimentati da una cultura ed una politica istituzionale di carattere eterosessista.

2.1. Eterosessismo.

Quando ci si riferisce al concetto di eterosessismo si intende "un sistema ideologico che nega, denigra e stigmatizza ogni forma non eterosessuale di comportamento, identità, relazione o comunità"²⁹. Alla base di tale atteggiamento si individua una cultura che vede nell'eterosessualità la norma nei rapporti tra sessi.

²⁷ LINGIARDI V., *Citizen Gay*, cit., ibidem.

²⁸ GRAGLIA M., *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, cit., pp. 26-27

²⁹ HEREK G., *The social context of hate crimes: Notes on cultural heterosexism*, in HEREK G.-BERRILL K. (a cura di), *Hate crimes: confronting violence against lesbians and gay men*, Newbury Park, CA: Sage, 1992, p. 89.

L'ordine sociale dominante eterocentrismo è impostato sul concetto di complementarità dei sessi e, segnatamente, di rapporto gerarchico tra gli stessi. Si è evidenziato che la Weltanschauung eterosessista ha un contenuto anzitutto di androcentrismo, ove il maschio e, di conseguenza la mascolinità, assume un ruolo centrale e dominante nella struttura sociale laddove, invece, la donna e la femminilità assumono un ruolo subordinato³⁰. Tale constatazione, è stata alla base delle rivendicazioni di carattere sociale e politico dei movimenti femministi, le quali rivendicazioni si sono tradotte in veri e propri spunti di studio delle scienze sociali³¹ che all'inizio degli anni 70' hanno dato origine ad un filone di ricerche ed analisi noti come "studi di genere"³². Il primo³³ fondamentale approccio degli studi

³⁰ Sull'incontestato androcentrismo sociale si veda diffusamente BOURDIEU P., *La domination masculine*, Paris, 1998, trad. it. *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 13 e ss.

³¹ DEMARIA C., *Teorie di genere. Femminismo, critica postcoloniale e semiotica*, Bompiani, Milano, 2003, pp. 30-31

³² La prima apparizione della parola "genere" in un'opera di carattere scientifico viene concordemente individuata nel saggio dell'antropologa e femminista americana Gayle RUBIN, *The Traffic in Women*, 1975, ove il riferimento è ad un "sex-gender system", espressione con la quale l'autrice sottolinea la trasformazione da parte della società dell'aspetto biologico in un costrutto di carattere culturale. Si veda sul punto PICCONE STELLA S., SARACENO C. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 7, nonché SARTORI F., *Differenze e disuguaglianze di genere*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 17.

³³ Occorre notare che si parla di "primo approdo" non in senso cronologico ma in senso di rivoluzione delle strutture teoriche di concepire ed analizzare il maschile e femminile. Invero fino agli anni 80' i movimenti femministi avevano individuato la natura socio-culturale del ruolo ad esse designato nel contesto sociale ma tale diversa lettura è stata la base non già di una vera e propria

di genere è stata l'individuazione di plurimi aspetti autonomamente considerabili nell'esame della persona come essere sessuato. Il sesso biologico inteso come combinazione di sesso cromosomico (propriamente sesso biologico) e sesso fenotipico (la manifestazione di quello cromosomico attraverso l'interazione con gli ormoni sessuali), origine della visione dicotomica maschilità/femminilità, non viene considerato più unico aspetto essenziale nella persona umana sessuata e viene scisso dall'aspetto strettamente cognitivo e comportamentale. Viene così elaborato il concetto di "genere" inteso quale sessualità non biologica, cioè l'insieme delle differenze psicologiche, culturali, sociali e nella sessualità tra maschi e femmine³⁴. Gli studi che hanno condotto a distinguere il genere dal sesso biologico hanno consentito di mettere in discussione le precedentemente postulate radicali differenze strutturali tra maschilità e femminilità in ragione della diversità biologica³⁵ e si è osservato che i concetti di maschilità e

rivisitazione teorica della questione ma di una diversa costruzione del ruolo femminile scervato da aspetti di subordinazione al maschile. Si veda, in tal senso, SARTORI F., *Differenze e disuguaglianze di genere*, cit., p. 26 e ss.; DEMARIA C., *Teorie di genere. Femminismo, critica postcoloniale e semiotica*, cit., pp. 36 e ss.

³⁴ Per una diffusa disanima degli aspetti relativi alla persona sessuata sotto il profilo individuale e sociale si veda, per tutti, GIDDENS A.-SUTTON P. W., *Sociology*, Cambridge, 2013, ed. it. a cura di BALDINI M.-BARBAGLI M., *Fondamenti di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 188 e ss.

³⁵ Tale posizione sociologica che vede nella natura biologica la base della differenza di genere è meglio nota come "essenzialismo". Si veda ancora, sul punto, GIDDENS A.-SUTTON P. W., *Sociology*, Cambridge, 2013, ed. it. a cura di BALDINI M.-BARBAGLI M., *Fondamenti di sociologia*, cit., p. 189.

femminilità sono stati costantemente caricati di specifici significati simbolici da individuati contesti culturali. Ciò che è emerso dall'analisi dell'origine dei concetti di maschilità e femminilità è un ruolo assai pregnante del contesto culturale e sociale, mentre l'aspetto biologico non ha quasi³⁶ rilevanza nel determinarne le caratteristiche. Un considerevole contributo in tal senso è stato fornito dall'antropologia che ha messo in rilievo che non tutte le società e culture esistenti hanno avuto una struttura ed organizzazione di carattere patriarcale, ma sono esistite ed esistono comunità umane ove ruolo dominante è ricoperto dalla donna (dette, pertanto, società "matriarcali"), alla quale vengono riconosciuti come propri quegli atteggiamenti, comportamenti e caratteristiche psicoattitudinali che nella quasi totalità del mondo

³⁶ La differenza sessuale (biologica) quale fonte di differenze altresì di genere non è infatti, completamente assente nel panorama delle "gender teorie"; tuttavia pare opportuno precisare che esistono ancora correnti di pensiero femministe di stampo essenzialista che accentuano il dato biologico per la ricostruzione in termini più o meno marcati di un corrispondente modello di genere per la maschilità e la femminilità: con riferimento a tale orientamento si parla di "pensiero della differenza". Si veda, ad es., il recente contributo di PINKER S., *The Sexual Paradox. Men, Women and the Real Gender Gap*, Milano, 2008, trad. it. a cura di LUPI G., *Il paradosso dei sessi. Uomini, donne e il vero scarto fra i generi*, Einaudi Torino, 2009. Per una più ampia disamina delle varie correnti in cui si articolano i movimenti femministi si veda diffusamente PICCONE STELLA S., SARACENO C. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, cit., p. 12 e ss., nonché SARTORI F., *Differenze e disuguaglianze di genere*, cit., p. 27 e ss.

occidentale vengono ascritte all'uomo ed alla maschilità³⁷. Il fenotipo del genere è rappresentato dall'insieme di caratteristiche fisiche e comportamentali che suggeriscono esteriormente la categorizzazione sessuale di un individuo e tale è ciò che negli studi di genere è comunemente definito "ruolo di genere". Quest'ultimo è un elemento chiave nella comprensione dell'interazione tra contesto sociale ed individuo sotto il profilo dell'approccio alla sessualità, in quanto rappresenta ciò che rende percepibile all'esterno l'aspetto del genere ed è, altresì, oggetto di giudizio sociale sull'individuo in ordine alla sua sessualità³⁸. Opposto al ruolo di genere si distingue, invece, l'"identità di genere" che rappresenta la percezione sessuata di sé e del proprio comportamento. Altro e diverso aspetto della connotazione sessuata dell'individuo viene identificato con l' "orientamento sessuale" qualificabile come l'attrazione erotica verso altri soggetti, la quale, a seconda del sesso biologico degli stessi potrà assumere la forma dell'"eterosessualità" (attrazione erotica verso soggetti del sesso opposto), "omosessualità" (attrazione erotica verso soggetti dello stesso sesso) e "bisessualità" (attrazione erotica verso soggetti di entrambi i sessi)³⁹. La nuova visione della persona umana sessuata non più binaria (uomo/donna) ma poliedrica ha consentito di comprendere a fondo l'essenza dell'eterosessismo.

³⁷ Si veda per tutti il risalente e voluminoso contributo costituito dall'opera di BACHOFEN J. J., *Mutterrecht*, 1861, ed. it. a cura di SCHIAVONI G., *Il Matriarcato*, Einaudi, Torino, 1988.

³⁸ GIDDENS A.-SUTTON P. W., *Sociology*, Cambridge, 2013, ed. it. a cura di BALDINI M.-BARBAGLI M., *Fondamenti di sociologia*, cit., p. 192.

³⁹ GIDDENS A.-SUTTON P. W., *Sociology*, Cambridge, 2013, ed. it. a cura di BALDINI M.-BARBAGLI M., *Fondamenti di sociologia*, cit., p. 187.

Rispetto al genere, infatti, la società eterosessista non comprende la distinzione dal sesso biologico e per ciascuno dei due (dunque unici) sessi/generi – termini che divengono conseguentemente ma erroneamente sinonimi – pensabili considera fisiologiche determinate esclusive caratteristiche⁴⁰. Tali caratteristiche sono note nelle scienze sociali come “stereotipi di genere”.

2.2. Stereotipi e pregiudizi.

Quando si parla di stereotipo di genere – fondamentale nella comprensione dell'intero discorso sull'origine e comprensione del fenomeno “omofobia” – ci si riferisce anzitutto al concetto di “stereotipo” in termini generali che, come è stato efficacemente messo in rilievo dalle scienze sociali, rappresenta un elemento essenziale nel processo conoscitivo umano.

2.2.1. Conoscenza umana, categorie, stereotipi.

La psicologia sociale evidenzia, infatti, che la conoscenza umana è un fenomeno costruttivo, che si verifica tramite un'attività di organizzazione delle percezioni sensoriali entro “categorie”, detta “categorizzazione”⁴¹. Tali categorie sono strutture cognitive in quanto individuano

⁴⁰ Per un interessante excursus storico dell'idea di maschilità si veda VOLPATO C., *Psicosociologia del maschilismo*, Laterza, Roma, 2013, pp. 8 e ss.

⁴¹ Sul fenomeno qui descritto, detto di “categorizzazione”, si veda diffusamente MOSSO C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, UTET, 2013, p. 59 e ss.; BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, Il Mulino, 1997, p. 51 e ss.; CARNAGHI A., ARCURI L., *Parole e categorie. La cognizione sociale nei contesti intergruppo*, Cortina, Milano, 2007, p. 3 e ss.; TAJFEL H., *Gruppi umani e categorie sociali*, Il Mulino, 1985, p. 220 e ss.

insiemi di caratteristiche generali che vengono attribuite all'oggetto della percezione ogniquale volta tale oggetto vi venga ascritto dalla mente nel corso del processo cognitivo. Se da un lato le caratteristiche percepite dell'oggetto particolare consentono l'ascrizione dello stesso a specifiche categorie espressive di tali caratteristiche, considerato che le categorie rappresentano *insiemi* di caratteristiche, automaticamente tutte le caratteristiche della categoria considerata vengono ricollegate all'oggetto particolare quand'anche non rilevate nella concreta esperienza percettiva⁴². Da un lato tale processo semplifica l'interazione con il mondo esterno ma dall'altro manifesta la propria fallacia nel momento in cui l'automatica attribuzione di caratteristiche all'oggetto percepito non trovi riscontro nella realtà fenomenica, determinando nel percipiente rappresentazioni falsate. Gli stereotipi sono categorie ma le scienze sociali tendono a restringere l'accezione così ampia per ricondurli all'ambito strettamente sociale con un'accezione prevalentemente negativa, segnatamente *“insieme coerente e abbastanza rigido di credenze negative che un certo gruppo condivide rispetto a un altro gruppo o categoria sociale”*⁴³. L'etimo

⁴² Gli psicologi sociali parlano a riguardo di “correlazione illusoria”. Si veda HAMILTON D. L., GIFFORD L.K., *Illusory Correlation in Interpersonal personal perception: a cognitive basis of stereotypic judgments*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 1976, 12, pp. 392-407, cit. in MOSSO C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, cit., p. 60. Si veda altresì BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, cit., p. 108 e ss.

⁴³ MAZZARA B. M., *Stereotipi e pregiudizi*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 19. Invero il termine “stereotipo” nella psicologia sociale compare per la prima volta da LIPPMAN W., *Public Opinion*, Harcourt, Brace, New York, 1922, per indicare le “fotografie della nostra mente”. Tuttavia il primo fondamentale studio sul concetto

greco del termine – στερεός (= solido) e τύπος (= impronta) – evidenza proprio quest'ultima più problematica caratteristica, la resistenza alle nuove informazioni: ove a seguito dell'ascrizione a categorie si riscontrino nell'oggetto della percezione caratteristiche ulteriori ed incompatibili con quelle appartenenti alla categoria considerata, il soggetto percipiente è portato a ritenere tale riscontro un'eccezione alla regola e che conferma la regola⁴⁴. Solo un riscontro assai frequente della caratteristica incompatibile in analoghi oggetti di percezione può condurre ad una ridefinizione della categoria/stereotipo. Inoltre, le caratteristiche incompatibili con il gruppo di caratteristiche stereotipiche vengono tendenzialmente tralasciate nell'osservazione, essendo il processo conoscitivo generalmente improntato alla ricerca nell'oggetto di quei caratteri che sono propri dello stereotipo (si parla di “processo di attribuzione”⁴⁵). Ne consegue che le caratteristiche incompatibili vengono non considerate e non pongono il problema dell'individuazione di un'eccezione alla regola. Tale propensione determina la forte resistenza degli stereotipi al cambiamento⁴⁶.

in questione è concordemente individuato dell'opera di ALLPORT G.W., *The Nature of Prejudice*, Cambridge, 1954, trad. it. CHIARENZA M. (a cura di), *La natura del pregiudizio*, La nuova Italia, Firenze, 1973, tutt'oggi considerata una pietra miliare sull'argomento, ove lo stereotipo non viene menzionato esplicitamente preferendosi parlare di “categorie”, ma dove tutti i tratti essenziali risultano essere compiutamente analizzati (p. 27 e ss.).

⁴⁴ MOSSO C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, cit., p. 66

⁴⁵ BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, cit., p. 125 e ss.

⁴⁶ BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, cit., p. 143 e ss.

2.2.2. Dallo stereotipo al pregiudizio e alla discriminazione.

Lo stereotipo come fin qui brevemente considerato funge da substrato cognitivo sul quale si fonda una valutazione, la formulazione di un giudizio che, in quanto riferito ad un “prototipo” astratto, interessa l’elemento categoriale, riverberandosi automaticamente su qualsivoglia oggetto percepito venga dal percipiente ascritto alla categoria (stereotipica). Tale giudizio a priori, che precede la percezione dell’oggetto della valutazione è il “pregiudizio”⁴⁷. Sul concetto di “pregiudizio” sono state proposte numerose definizioni, le quali mettono in rilievo come il fenomeno considerato presenti molteplici sfaccettature e come possa essere riguardato sotto angoli di visuale diversi. Si sottolinea anzitutto come il pregiudizio, alla medesima stregua dello stereotipo, abbia un significato essenzialmente neutro, potendo essere inteso in un’accezione sia positiva che negativa ove lo si riguardi come “giudizio precedente all’esperienza e in assenza di dati empirici”⁴⁸. Tuttavia l’aspetto più interessante ed approfondito del pregiudizio è quello negativo e, segnatamente circoscritto all’ambito sociologico, quello relativo a membri di gruppi esterni, membri del cd. “out-

⁴⁷ NOBILE A., *Il pregiudizio. Natura, fonti e modalità di risoluzione*, La Scuola, 2014, p. 36; TILEAGÀ C., *The Natur of Prejudice. Society, discrimination and moral exclusion*, Routledge, London and New York, 2016, p. 14; VILLANO P., *Pregiudizi e stereotipi*, Carocci, 2003, p. 9 e ss.; MAZZARA B. M., *Stereotipi e pregiudizi*, cit., pp. 9-14; MOSSO C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, cit., p. 66 e ss.; BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, cit., p. 7 e ss.

⁴⁸ MAZZARA B. M., *Stereotipi e pregiudizi*, cit., p. 14.

group”⁴⁹. In tal senso si assume come definizione di pregiudizio “la tendenza a considerare in modo ingiustificatamente sfavorevole le persone che appartengono ad un determinato gruppo sociale”⁵⁰ o, secondo la definizione classica fornita da Allport, “pensare male di qualcuno senza avere sufficienti motivi per farlo”⁵¹. Da tale definizione sono arguibili un aspetto cognitivo (il pensiero) ed un aspetto valutativo (la sfavorevole considerazione) che consentono di considerare il pregiudizio in termini di “atteggiamento”. Quest’ultimo individua una categoria definita dalla psicologia sociale quale “organizzazione individuale di processi psicologici, desunti dal comportamento dell’individuo, riguardo a qualche aspetto del mondo che egli distingue da altri aspetti. Esso rappresenta il residuo della sua esperienza precedente, con cui egli si accosta ad ogni situazione successiva, ivi compreso quel dato aspetto che si sta studiando, e che determina, insieme alle influenze attuali, il comportamento dell’individuo in una data situazione”⁵². L’atteggiamento è stato costruito come un sistema in cui si intersecano tre componenti: la prima di carattere cognitivo (le credenze in ordine all’oggetto dell’atteggiamento), la seconda di carattere affettivo (i sentimenti positivi o negativi riconducibili all’oggetto) e la terza di carattere

⁴⁹ Nell’analisi delle dinamiche di interazione tra gruppi sociali la psicologia sociale si serve dell’espressione out-group per individuare le categorie sociali cui un determinato membro non appartiene, mentre “in-group” sono le categorie sociali cui un determinato individuo appartiene. Si veda per tutti MOSSE C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, cit., p. 360.

⁵⁰ MAZZARA B. M., *Stereotipi e pregiudizi*, cit., p. 14.

⁵¹ ALLPORT G.W., *The Nature of Prejudice*, cit., p. 9.

⁵² NEWCOMB T. M., *Sulla definizione di atteggiamento*, in WARREN N., JAHODA M., *Gli atteggiamenti*, Boringhieri, Torino, 1976, p. 29

comportamentale (la predisposizione ad un certo tipo di comportamento rispetto all'oggetto)⁵³. Ed è proprio l'ultimo di tali tre aspetti a rappresentare la questione più problematica ed altresì più rilevante nello studio dell'incidenza del pregiudizio nei rapporti tra gruppi sociali. In che rapporto si trovi l'atteggiamento con l'azione, se esso sia, cioè, idoneo a determinare l'azione rendendola prevedibile, è stato un aspetto anch'esso oggetto di attenta analisi. Si ritiene che l'atteggiamento non determini automaticamente le azioni ma la sua influenza sia condizionata da taluni fattori quali l'intensità⁵⁴ dell'atteggiamento stesso e le circostanze in presenza delle quali la persona si trova ad agire⁵⁵. Inoltre si

⁵³ ROSENBERG D.- HOVLAND C. I., *Cognitive, affective and behavioural components of attitude*, in ROSENBERG D.- HOVLAND C. I.-MCGUIRE W. J.- ABELSON R. P.- BREHM J. W. (a cura di), *Attitude organization and change: An analysis of consistency among attitude components*, New Haven, 1960, pp. 12-15.

⁵⁴ Si parla di “atteggiamenti forti” e di “atteggiamenti accessibili” con riferimento a quegli atteggiamenti che consentono una predisposizione all'azione pressoché automatica in considerazione della modalità di formazione dell'atteggiamento stesso che, di norma, deriva da un relazionarsi molto frequente nel tempo con l'oggetto dell'atteggiamento. Studi importanti a riguardo sono quelli di SMITH E. R.- FAZIO R. H.- CEJKA M.A., *Accessible attitudes influence categorization of multiply categorizable objects*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1996, 71, pp. 888-898, nonché HOLLAND R. B.- VERPLANKEN B.- VAN KNIPPENBERG A., *On the nature of attitude-behaviour relations: The strong guide, the weak follow*, in *European Journal of Social Psychology*, 2002, 32, pp. 869-876.

⁵⁵ L'influenza delle circostanze sulla traduzione in atto degli atteggiamenti è emersa dal risalente studio di LAPIERE R.T., *Attitudes vs actions*, in *Social Forces*, 1934, 13, pp. 230-237, ove da un lato si evidenziava come paradossalmente fosse assai raro che le azioni rispondessero agli atteggiamenti ma, al contempo, per

è approfondito il ruolo della ragione critica nel rapporto tra atteggiamento e azione, implicato nel rapporto della persona con l'esperienza e le circostanze, nel condurre ad uno specifico risultato comportamentale. Si è messo in rilievo, infatti, che nell'adozione di un comportamento fattori particolarmente influenti sono "norme soggettive", intese quali opinioni di "altri significativi" che fungono da riferimento per il soggetto agente, l'atteggiamento dell'agente stesso verso il comportamento (non verso l'oggetto), nonché il controllo sul comportamento percepito⁵⁶. Ciò significa che gli atteggiamenti, oltre a formarsi per effetto di esperienza percettiva del proprio oggetto, sono altresì oggetto di apprendimento da parte di "altri significativi", circostanza di non poco rilievo ove occorra valutare strumenti di contrasto preventivo al pregiudizio (non ultimo lo strumento penale).

2.2.3. Il pregiudizio nelle "dinamiche intergruppi".

Il discorso sul pregiudizio in quanto atteggiamento negativo rivolto a membri di out-group conduce a focalizzare il discorso sulle dinamiche di interazione tra

come strutturato lo studio, il variare delle circostanze dell'azione portava a differenziati gradi di coerenza tra atteggiamento ed azione.

⁵⁶ Si tratta della cd. "teoria dell'azione ragionata" (TRA, Theory of Reasoned Action), elaborata da FISCHBEIN N.-AJZEN I., *Attitudes toward objects as predictors of single and multiple behaviour criteria*, in *Psychological Review*, 1974, 81, pp. 59-74, e della sua variante, nota come "teoria del comportamento pianificato" (TPB, Theory of Planned Behaviour) elaborata da AJZEN I., *Attitude structure and behaviour*, in PRATKANIS A. R.- BRECKLER S. J.- GREENWALD A.G. (a cura di), *Attitude structure and function*, Hillsdale, NJ, 1989, pp. 241-274.

gruppi⁵⁷. Negli studi delle relazioni intergruppo condotte a partire dagli anni 70' venne anzitutto osservato che l'originarsi del pregiudizio nei confronti di membri dell' "out-group" non necessita di particolari elementi cognitivi da parte di coloro che si identificano membri di un determinato "in-group" ma si presenta – sebbene in misura blanda – già a partire dal mero fatto della suddivisione di individui in gruppi. Ciò lascia che insorga una forma di etnocentrismo embrionale, una tendenza a valutare positivamente i membri del gruppo di appartenenza, quand'anche l'aggregazione in gruppi sia determinata su criteri casuali⁵⁸. Il pregiudizio che sorge a seguito di mera ripartizione in categorie di individui è stato osservato atteggiarsi secondo uno schema di semplificazione astratta della rappresentazione dei membri dell'in-group e dell'out-group: mentre tra i membri dell'in-group vengono accentuati gli aspetti di somiglianza, per i membri degli

⁵⁷ Non ci si sofferma in questa sede sulla problematica definitoria del concetto di "gruppo sociale" per il quale sono state proposte numerosissime conclusioni; in generale ci si riferisce ad un insieme di persone che condividono un insieme di caratteristiche noto in letteratura come "entitatività" (HAMILTON D. L.- SHERMAN S. J., *Perceiving persons and groups*, in *Psychological Review*, 1996, 103/2, pp. 336-355) oppure "gruppalità" ("groupness", su cui si veda LEVINE J. M.- MORELAND R. L., *Small groups*, in GILBERT D. T.- FISKE S. T.-LINDZEY G. (a cura di), *The handbook of social Psychology*, McGraw-Hill, Boston (MA), 1998, IV ed., vol. II, pp. 415-469).

⁵⁸ Trattasi del "paradigma del coefficiente minimo" individuato da Tajfel. Si veda TAJFEL H.-BILLIG M.-BUNDY R.-FLAMENT C., *Social categorization and intergroup behaviour*, in *European Journal of Social Psychology*, 1971, 1, pp. 149-178.

out-group vengono accentuati gli aspetti di differenza⁵⁹. Quanto ai motivi che spingono i membri di un in-group ad accentuare il pregiudizio intergruppo - la valutazione positiva del proprio gruppo di appartenenza e la valutazione negativa degli altri out-group – numerose sono state le ipotesi formulate che si sono tradotte in teorie sperimentali ma un elemento piuttosto condiviso pare ravvisarsi nell’ “identità sociale” e nel desiderio di accrescimento e conservazione dell’autostima⁶⁰. Se dunque il pregiudizio è un atteggiamento e l’atteggiamento predispone all’azione, il comportamento intergruppo che risulta motivato o ispirato dal pregiudizio si qualificherà come “discriminazione” dei membri dell’out-group⁶¹.

2.3. Stereotipi di genere ed eterosessismo.

Riportando il discorso dallo stereotipo in generale allo stereotipo di genere come elemento chiave nella comprensione dell’eterosessismo, possiamo agilmente circoscrivere il gruppo sociale cui ci si riferisce quando lo

⁵⁹ Trattasi del “modello della differenziazione categoriale” proposto da Doise. Si veda in merito DOISE W., *Groups and individuals: explanations in social psychology*, Cambridge, 1978.

⁶⁰ Non si ignora che la cd. “teoria dell’identità sociale” sia una delle teorie proposte e sperimentate nella ricerca sull’origine della “bias” intergruppo (TAJFEL H.- TURNER G. C., *An integrative theory of intergroup conflict. The social identity theory of intergroup behaviour*, in AUSTIN W. G.- WORCHEL S. (a cura di), *The social psychology of intergroup relations*, Monterey, 1979, pp. 33-47); tuttavia la stessa mette in risalto aspetti che vengono considerati costanti ed imprescindibili anche da altre teorie quale l’importanza della ricerca dell’autostima.

⁶¹ Si veda, per tutti, MOSCOVICI S., *Psychologie sociale*, Paris, 1984, ed. it. a cura di ARDONE R., *Psicologia sociale*, Roma, 1996, p. 424.

stereotipo è “di genere”: le persone di sesso maschile e di sesso femminile. Per i predetti gruppi tali stereotipi rappresentano un insieme di caratteristiche anzitutto descrittive che contribuiscono ad individuare una persona come uomo o donna e, allo stesso tempo, un insieme di norme di comportamento che ingenerano nella società un’aspettativa di conformazione. Un elenco analitico delle caratteristiche stereotipiche maschile e femminili risulterebbe fuorviante, in quanto non si sono mai presentate in maniera univoca subendo l’influenza del contesto storico, geografico e culturale⁶²; le ricerche hanno tuttavia rilevato che due macrocategorie attitudinali rappresentano il denominatore comune delle caratteristiche stereotipiche di genere: l’ “agency”, collegata al possesso di tratti di determinatezza, volontà di imprimere la propria impronta nel sociale, potere, riferibile alla maschilità e la “communality”, espressione della tendenza ad intessere relazioni, all’accoglienza, alla disponibilità, riferibile alla femminilità⁶³. Sulla differenza tra gli stereotipi di genere si sottolinea che lo stereotipo maschile risulta distonico rispetto alla definizione sociologicamente condivisa di “stereotipo”, segnatamente sotto il profilo della “negatività” della sua accezione. È stato rilevato, infatti, che lo stereotipo maschile ha costantemente rappresentato un codice di caratteristiche positivamente valutate dalla società e pretese nell’atteggiamento e nel comportamento

⁶² In particolare per un *excursus* di carattere storico evolutivo dei tratti stereotipici maschili si veda MOSSE G. L., *L’immagine dell’uomo. Lo stereotipo maschile nell’epoca moderna*, Einaudi, Torino, 1997; CICCONE S., *Essere maschi. Tra potere e libertà*, Rosenberg & Sellier, 2009; BELLASSAI S., *L’invenzione della virilità. Politica e immaginario maschile nell’Italia contemporanea*, Carocci, 2011

⁶³ VOLPATO C., *Psicosociologia del maschilismo*, cit., pp. 34 e ss.

maschile⁶⁴. Dall'altro lato gli stereotipi afferenti alla figura femminile risultano meno definiti, individuati generalmente per differenza rispetto agli stereotipi maschili e, soprattutto, molto più mobili e mutevoli di quelli maschili⁶⁵. Questi ultimi, infatti, come è stato frequentemente rilevato, hanno rappresentato lo strumento di cristallizzazione dell'assetto gerarchico dei generi e la loro trasmissione è stato strumento di stabilizzazione di un equilibrio sociale fondato sul dominio maschile sulla donna e su tutto ciò che poteva e può classificarsi "altro" rispetto alla virilità⁶⁶. Di qui la tendenza a contrastare in vario modo chi presentasse tratti devianti rispetto a quelli stereotipici comunemente riconosciuti e condivisi dalla società, in quanto rappresentanti un pericolo per la stabilità dell'assetto gerarchico costituito. Si parla in tal caso di "sessismo", individuando così l'"ideologia che struttura i rapporti tra sessi, ideologia all'interno della quale il maschile è caratterizzato dalla sua appartenenza all'universo esterno e politico, opposto al femminile centrato sull'intimità e la domesticità"⁶⁷. La conseguenza del sessismo è la tendenza del gruppo dominante (maschile) ad ostracizzare, marginalizzare e stigmatizzare coloro i quali presentino caratteristiche devianti rispetto allo stereotipo di genere quali ad esempio le donne che aspirano o giungono a ricoprire incarichi direttivi o apicali, espressione tipica della "agency" maschile, viste dal gruppo dominante come minaccia per la conservazione del

⁶⁴ MOSSE G. L., *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*, cit., 1997, pp. 6-7

⁶⁵ VOLPATO C., *Psicosociologia del maschilismo*, cit., 2013, p. 42.

⁶⁶ BOURDIEU P., *Il dominio maschile*, cit., p. 15 e ss.

⁶⁷ BORRILLO D., *Omofofia. Storia e critica di un pregiudizio*, Dedalo, Bari, 2009, p. 25

dominio; oppure uomini deboli, caratterialmente remissivi o poco determinati⁶⁸.

2.4. Eteronormatività ed omofobia.

Tra i vari stereotipi che si ricollegano alla figura maschile e femminile ruolo essenziale svolge l'aspettativa relativa all'attrazione sessuale: l'uomo si presume essere sessualmente attratto dalla donna e la donna si presume essere sessualmente attratta dall'uomo⁶⁹. Denominatore comune della maschilità e femminilità nella visione stereotipica a noi più prossima e nota è rappresentata,

⁶⁸ Lo stereotipo sessista emerge tutt'oggi in maniera consistente anche nella ricerca italiana la quale, a differenza degli studi condotti nei Paesi anglosassoni, hanno dato centralità ai ccdd. "women studies" tralasciando quasi completamente i ccdd. "men studies", al punto tale da far diventare sinonimi "women's studies" e "gender studies". Si veda sul punto LA CECLA F., *Modi bruschi. Antropologia del maschio*, Mondadori, Milano, 2000, p. 28; CICCONE S., *Oltre la miseria del maschile. Un percorso di ricerca e di liberazione*, in RUSPINI E. (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano, 2005, p. 167 nonché PICCONE STELLA S., SARACENO C. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, cit., p. 26. Analogamente le ricerche e le indagini sulla cd. "violenza di genere" in Italia vengono circoscritte quasi esclusivamente ad episodi di violenza che vedono l'uomo come autore del fatto e la donna quale vittima, sbilanciamento generalmente giustificato sulla obbiettiva maggiore prestantza fisica dell'uomo rispetto alla donna. Si veda sul punto MANCINI G., *Uomini vittime di donne. Quando il sesso forte è debole*, Persiani, Bologna, 2014, p. 17.

⁶⁹ ABBATECOLA E., *Identità tradite. Omofobia, generi e generazioni*, in RUSPINI E. (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano, 2005, p. 188.

pertanto, dall'eterosessualità quale norma di comportamento sessuale: altrimenti detto, l'“eteronormatività”. Nel contesto qui delineato emerge che, dalla prospettiva del gruppo dominante, gli omosessuali rappresentano figure devianti dal paradigma di genere, alterità percepita come diversità che minaccia l'immagine dominante del gruppo maschile e, conseguentemente, innesca meccanismi di contenimento individuabili in due essenziali tendenze: la costruzione di stereotipi che accentuano ed estremizzano le differenze rispetto al gruppo dominante e la definizione dell'ambito di manovra concessi loro⁷⁰. Tali meccanismi di contenimento coincidono proprio con il concetto di omofobia e sotto i due profili enunciati consentono di intendere il concetto medesimo sotto due aspetti. In primo luogo l'omofobia risulta una “costruzione ideologica che consiste nella costante promozione di una forma di sessualità (etero) a scapito di un'altra (omo)”⁷¹. Sotto il secondo profilo “può essere definita come l'ostilità generale, psicologica, e sociale, nei confronti di coloro che si ritiene provino desiderio o compiano pratiche sessuali con individui del loro stesso sesso”⁷², in altri termini un tipo di atteggiamento come inteso e costruito dalla psicologia sociale. Ed è proprio tale ultimissimo aspetto che, consentendo di instaurare un collegamento – potenziale o effettivo – tra pregiudizio ed azione che offre il braccio a considerazioni di carattere penalistico per quei comportamenti che risultano ispirati dal pregiudizio e, in

⁷⁰ ABBATECOLA E., *Identità tradite. Omofobia, generi e generazioni*, cit., p. 197.

⁷¹ BORRILLO D., *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, cit., p. 30

⁷² BORRILLO D., *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, cit., *ibidem*.

particolare per quel che qui concerne, il pregiudizio omofobico.

3. L'omofobia nel contesto della criminalità da pregiudizio.

Individuata la natura dell'omofobia come pregiudizio e, di conseguenza, come atteggiamento, elemento atto a predisporre la persona all'azione, è opportuno interrogarsi sull'interesse dell'ordinamento penale all'omofobia quando la stessa si manifesti in una condotta o in espressioni del pensiero atte ad incidere sull'atteggiamento di ostilità nei confronti della popolazione LGBT. Sotto il profilo criminologico la sinergia tra pregiudizio e fatto penalmente rilevante viene riassunta nell'espressione di matrice anglosassone "hate crime"⁷³, mentre le esternazioni che accrescono il pregiudizio e l'ostilità nei confronti di membri di specifici gruppi vengono individuate come "hate speech"⁷⁴. L'interesse delle scienze sociali ed in particolare della criminologia si è orientato solo di recente alla criminalità fondata sul pregiudizio, in particolare a partire dagli anni 80', negli Stati Uniti, a seguito dell'attività dell'associazionismo nel campo dei diritti civili, dei diritti delle donne e dei diritti delle vittime⁷⁵.

⁷³ ODIHR, *Preventing and Responding to Hate Crimes*, Warsaw, 2009, p. 15.

⁷⁴ ODIHR, *Preventing and Responding to Hate Crimes*, cit., p. 17.

⁷⁵ PERRY B., *Where do we go from here? Researching hate crime*, in *Internet Journal of Criminology*, 2003, p. 2.; si veda altresì GLET A., *Sozialkonstruktion und strafrechtliche Verfolgung von Hasskriminalität in Deutschland*, Berlin, 2011, p. 1, nonché HALL N., *Understanding Hate Crimes. Sociological and criminological perspectives*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.- GRIVE J. G. D.,

3.1. Hate e Pregiudizio.

All'origine dell'espressione vi è il concetto di "hate" che nel linguaggio anglosassone ha denotato l' "odio", "l'intenso disprezzo o ostilità verso qualsivoglia oggetto"⁷⁶. Il riferimento alla sfera emotiva è stato, invero, oggetto di acceso dibattito nel mondo accademico soprattutto nell'ambito delle diatribe relative alla trasposizione del termine in un testo legislativo⁷⁷. Come si è opportunamente notato, caratteristica dei ccdd. "hate crime" non è l'aspetto emotivo che spinge l'autore del reato ma il criterio selettivo della vittima quale appartenente ad un determinato gruppo. Il termine "hate" è stato, pertanto, impiegato per individuare negative credenze ed atteggiamenti nei confronti di membri di altri gruppi⁷⁸, definizione che tende a sovrapporsi a quella precedentemente esaminata di "pregiudizio" nell'accezione strettamente psicosociologica⁷⁹. Analogamente, pertanto, l'hate assume, un carattere "intergruppo" sovrapponibile alla "bias intergroup", ma l'aspetto che parrebbe conferire un tratto di peculiarità all'hate rispetto alla bias intergroup può essere individuato nell'oggetto dell'hate che non coincide con qualsivoglia out-group ma con una cerchia di out-group

The Routledge International Handbook on Hate Crime, London-New York, 2015, p. 69.

⁷⁶ LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violece*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, p. 41

⁷⁷ WALTERS M. A., *Hate Crimes and Restorative Justice*, Oxford, 2014, p. 6.

⁷⁸ LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violece*, cit., ivi.

⁷⁹ Su cui si veda *supra*, § 2.2.1

tendenzialmente più limitata e distinta da una storia di pregressi fenomeni di stigmatizzazione e marginalizzazione.

3.2. Dal discorso al genocidio: i gradi dell'hate.

Nell'interazione tra specifici in-group e out-group l'hate rappresenta pressoché una costante, la quale, tuttavia, si manifesta secondo molteplici modalità d'azione distinte per il grado di intensità anche se non indipendenti da condizioni personali dell'agente e dall'intensità del pregiudizio. Una prima interessante classificazione delle manifestazioni dell'hate per intensità crescente fu elaborata da Allport secondo un modello a 5 punti progressivi: “*antilocution*” (evitamento dei contatti verbali), “*avoidance*” (evitamento della presenza e dei contatti fisici), “*discrimination*” (diniego di opportunità e servizi), “*physical attack*” (attacchi alla proprietà o all'incolumità fisica), “*extermination*” (eliminazione fisica del gruppo indesiderato)⁸⁰. Un simile modello pare sovrapponibile al modello proposto in ambito criminologico da Levin come “piramide dell'hate”⁸¹, anch'essa strutturata su 5 piani progressivi (pregiudizio – atto di pregiudizio – discriminazione – atto di violenza – genocidio). Le due scale *prima facie* differenti presentano, invero, punti di contatto particolarmente rilevanti fino ad apparire coincidenti. L'aspetto più rilevante – e forse preoccupante – evidenziato da tale analisi è come il semplice pregiudizio sia astrattamente in grado di scalare l'apice della piramide, diventare diffusivo, persistente e

⁸⁰ ALLPORT G.W., *The Nature of Prejudice*, cit., p. 70.

⁸¹ PERRY B., *In the name of hate: Understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001, p. 3.

radicalizzato⁸² fino a tradursi in atti di aggressione ed eliminazione fisica sistematica (genocidio)⁸³. Nell'individuare il meccanismo che conduce alla traduzione in atto dell'hate in forme anche così estreme le scienze sociali hanno preso in esame le vicende che hanno condotto ai genocidi del secolo scorso, in primis l'Olocausto degli Ebrei durante la seconda guerra mondiale. L'aspetto costante che emerge è un processo di "deumanizzazione" del membro dell'out-group.

3.2.1. Hate crime.

L'espressione "hate crime" ha fatto la sua prima comparsa nel discorso pubblico con l'approvazione dell'"Hate Crime Statistic Act" nel 1990 negli Stati Uniti ove l'Ufficio Federale di Investigazione (FBI, Federal Bureau of Investigation) veniva incaricato di raccogliere dati statistici su fatti collegati all'"hate"⁸⁴. L'effettuazione di tali operazioni di monitoraggio del fenomeno ha comportato la necessità di circoscrivere l'ambito di indagine mediante l'adozione di una definizione guida, che fu individuata in "un reato commesso contro la persona o la proprietà o la società, motivato in tutto o in parte dal pregiudizio dell'autore contro una razza, religione, disabilità,

⁸² Sulla capacità dell'elemento culturale dell'hate di diffondersi su ampia scala, non solo in senso geografico ma altresì in senso diacronico, coinvolgendo anche le nuove generazioni, si veda LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violece*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 43-45

⁸³ HOGG M. A.-VAUGHAN G. M., *Psicologia sociale* (edizione italiana a cura di ARCURI L.), Pearson, Milano-Torino, 2012, p. 202.

⁸⁴ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford, 2001, p. 4.

orientamento sessuale o un'etnia/origine nazionale”⁸⁵. Non può tuttavia affermarsi che il concetto così definito abbia raggiunto un sufficiente livello di incontrovertibile chiarezza. Tutt'oggi la definizione di “hate crime” presenta contorni sfumati: non si tratta, infatti di una definizione legale ma di “*un termine carico di significato politico e sociale che interseca discipline comunità e confini*”⁸⁶. Se è vero che da un lato il termine “hate crime” risulta essersi diffuso a livello internazionale, numerose altre definizioni del fenomeno sono state proposte, nessuna delle quali, tuttavia, immune da critiche per l'eccessiva ampiezza o ristrettezza dell'ambito definitorio⁸⁷. Con la consapevolezza dei limiti e delle ambiguità dell'espressione che incorpora il termine “hate”, di seguito

⁸⁵ “*criminal offense against a person or property motivated in whole or in part by an offender's bias against a race, religion, disability, sexual orientation, ethnicity, gender, or gender identity*”, definizione reperibile sul sito del FBI, Department of Justice, all'indirizzo web

https://www.fbi.gov/about-us/investigate/civilrights/hate_crimes

⁸⁶ CHAKRABORTI N., *Framing the boundaries of hate crime*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.- GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, cit., p. 13.; in senso analogo si veda anche LANG K., *Vorurteils kriminalität, Nomos*, Baden-Baden, 2014, p. 48.

⁸⁷ Per un'ampia rassegna delle definizioni proposte si veda LANG K., *Vorurteils kriminalität*, cit., pp. 37-48. L'autore in conclusione, pur consapevole di tali limiti, propende per l'accettazione della qualificazione di “reati di pregiudizio” (“Bias Crime”, “Vorurteils kriminalität”) quale definizione di compromesso tra i diversi aspetti critici.

ad esso si farà riferimento in conformità alla consolidata nomenclatura internazionale.⁸⁸

L'analisi criminologica di vicende qualificate come "hate crime" ha condotto gli studiosi ad interpretarla come una forma di estremizzazione di complesse dinamiche di interazione tra gruppi. Come è stato evidenziato, si tratta di "un meccanismo di potere mirante a sostenere talune precarie gerarchie, attraverso la violenza e la minaccia di violenza (verbale e fisica). È generalmente diretto a coloro i quali sono stati tradizionalmente marginalizzati e stigmatizzati dalla nostra società"⁸⁹. Ed il primo passo verso il vero e proprio comportamento mosso dall'hate è la stigmatizzazione/marginalizzazione dei membri dell'out-group. Si è osservato, infatti, che nei rapporti tra gruppo dominante/gruppi subordinati meccanismi di stigmatizzazione in termini di rappresentazione sociale sono posti in essere e con intensità diversa: il discrimine tra modalità di rappresentazione stereotipica dei membri degli out-group sottomessi risulterebbe associato alla percezione di minaccia per la stabilità e sicurezza del livello e ruolo sociale detenuto dal gruppo dominante. In particolare, ove i membri dell'out-group non vengono percepiti come una vera e propria minaccia la rappresentazione sociale fornita degli stessi dal gruppo dominante presenta i caratteri dell'infantilizzazione, mentre la percezione di una minaccia proveniente dal gruppo subordinato si traduce in una rappresentazione

⁸⁸. Si veda sul punto GLET A., *Sozialkonstruktion und strafrechtliche Verfolgung von Hasskriminalität in Deutschland*, Berlin, 2011, p. 9.

⁸⁹ PERRY B., *In the name of hate: Understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001, p. 3.

deumanizzata⁹⁰. Un interessante e piuttosto recente contributo psicosociologico⁹¹ al tema della disumanizzazione del membro dell'out-group nelle dinamiche intergruppo ha messo in rilievo una ulteriore e parzialmente sovrapponibile dicotomia tra forme di rappresentazione deumanizzata dell'altro. In particolare, l'Autore prende le mosse dall'esame del significato di "umanità" nella duplice accezione di "caratteristiche unicamente umane" – intese come caratteristiche che distinguono l'essere umano dagli animali⁹² – e di "natura umana" – aspetto che non distingue l'essere umano dalle altre specie⁹³. Ne consegue una distinzione tra due forme di deumanizzazione: "animalistica" e "meccanicistica". La prima forma si contraddistingue per la negazione ai membri dell'out-group di quella forma di umanità discendente dalle "caratteristiche unicamente umane" da cui deriva una declassazione della persona da umano a subumano, equiparata agli animali⁹⁴. A tale forma di

⁹⁰ LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violence*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 47-48.

⁹¹ HASLAM N., *Dehumanization: An Integrative Review*, in *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 10, n. 3, 2006, pp. 252-264.

⁹² Il riferimento è ad aspetti quali la civiltà, raffinatezza, sensibilità morale, razionalità/logica, Maturità.

⁹³ Gli attributi che connotano la "natura umana" sono esemplificativamente individuati da Haslam in reattività di carattere emotivo, calore interpersonale, apertura all'apprendimento, attività/individualità, profondità.

⁹⁴ Ai "subumani" vengono ascritte, pertanto, caratteristiche diametralmente opposte quali mancanza di cultura, rozzezza, amoralità/mancanza di autocontrollo, irrazionalità/istintualità, infantilità. Tale ultimo attributo, in particolare, lascerebbe intravedere la parziale sovrapponibilità della dicotomia di Halsam

deumanizzazione sono associate raffigurazioni evocative di sentimenti di disgusto e disprezzo. L'altra forma, la deumanizzazione meccanicistica, mira a negare alla persona umana anche quelle caratteristiche dell'umanità intesa come "natura umana" che condividerebbe anche con gli animali, di tal che la persona viene equiparata ad oggetto, non già un "subumano", ma un "non umano", con conseguenti atteggiamenti di indifferenza e di inerzia emotiva nei suoi confronti da parte dei membri del gruppo dominante⁹⁵. Ed è la rappresentazione sociale dell'altro come diverso ed inferiore che funge da tramite, nel caso degli hate crime, per la condotta criminosa. La violazione di una norma penale rappresenta un temporaneo distacco dai valori di rettitudine sociale proprio dell'autore, e necessita, pertanto, una valida motivazione. L'individuazione di un nemico, peraltro rappresentato come "subumano" o addirittura "non umano", offre sia il motivo sia una giustificazione ex post rispetto al fatto commesso⁹⁶.

3.2.1.1. Le forme di manifestazione dell'hate crime.

La variegata fenomenologia criminale ove l'hate assume un qualche rilievo non consente, tuttavia, di considerare conclusa l'analisi astratta di ciò che è individuato dall'espressione "hate crime". Si è evidenziato, infatti, che l'hate alla base di specifici fatti criminosi può svolgere un ruolo talvolta solo marginale. Sulla base di un interessante

con la dicotomia infantilizzazione/deumanizzazione riferita da Levin- Rabrenovich.

⁹⁵ HASLAM N., *Dehumanization: An Integrative Review*, in *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 10, n. 3, 2006, p. 258.

⁹⁶ LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violece*, cit., p. 46.

studio condotto negli Stati Uniti⁹⁷ è stato possibile individuare l'incidenza del grado di hate su 4 distinte categorie di hate crime, e segnatamente:

- Thrill hate crime
- Defensive hate crime
- Retaliatory hate crime
- Mission hate crime

Alla prima categoria sono riconducibili quegli episodi criminosi i cui protagonisti sono di norma teenager oziosi ed annoiati, i quali selezionano le loro vittime tra soggetti appartenenti a categorie vulnerabili non già propriamente per odio o pregiudizio nei confronti di specifiche categorie di vittime ma in ragione della mera differenza (irrilevante se per razza, religione, colore della pelle, orientamento sessuale, ecc.) che, peraltro, le rende percepite come incapaci di reagire all'attacco. Tali atti si connotano anzitutto per un retroscena di ricerca di "emozioni forti" – di qui la definizione di "thrill" hate crime – e poi, sotto il profilo delle motivazioni individuali, risultano finalizzate piuttosto al rafforzamento dell'immagine di gruppo del

⁹⁷ La categorizzazione degli hate crime viene effettuata originariamente da LEVIN J.-MCDEVITT J., *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, Boulder, CO: Westview, 1993, e non contemplava l'ipotesi dei retaliatory hate crimes che gli stessi autori annoverano, invece, solo successivamente a pieno titolo in MCDEVITT J.- LEVIN J.-BENNETT S., *Hate Crime Offenders: An Expanded Typology*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, n. 2, 2002, pp. 303-317. In tale ultimo studio viene esaminata un campione di 169 casi in cui è emerso l'elemento dell'hate ed in base alla classificazione degli hate crime nelle quattro categorie sopra illustrato è risultato che di tutti i casi il 66% risulta essere ispirato da "thrill motivation" (111 casi), il 25% da "defensive motivation" (43 casi), il 14% da "retaliatory motivation" (14 casi) e meno dell'1% da "mission motivazione" (un solo caso).

singolo autore che nel commettere un fatto formalmente contrario alla legge ricerca il consenso e l'approvazione degli altri sia agendo di propria iniziativa sia per assecondare specifici inviti/ordini provenienti da membri "autorevoli" del gruppo stesso confermando così il proprio attaccamento al valore dell'unità del gruppo⁹⁸. "Defensive hate crime" sono qualificati, invece, quei fatti perpetrati in ragione di una minaccia (percepita) rappresentata dai membri di uno o più out-group, che vengono avvertiti come una minaccia di invasione della comunità, dei mezzi di sussistenza, del modo di vivere. In questo senso questi crimini sono definiti "difensivi", in quanto perpetrati a difesa da una minaccia. Si è, peraltro, osservato che i defensive hate crime tendono ad aumentare in corrispondenza di episodi specifici di breve o medio termine che determinano un aumento della percezione di minaccia proveniente dall'out-group con correlato aumento di comportamenti avvertiti come difensivi⁹⁹. Esempi di eventi che hanno comportato un incremento degli episodi di defensive hate crime sono stati individuati, tra l'altro, negli attentati dell'11 settembre 2001 da cui è derivata un'ondata di islamofobia con conseguente serie di episodi di violenza nei confronti di persone di religione islamica; la candidatura e l'elezione alla carica di presidente degli Stati Uniti di Barack Obama nel novembre 2008 che ha fatto successivamente registrare un aumento di episodi di violenza perpetrati ai danni di cittadini

⁹⁸ Per una più approfondita descrizione della fenomenologia dei Thrill-motivated hate crime si veda LEVIN J.-REICHELMANN A., *From Thrill to Defensive Motivation: The Role of Group Threat in the Changing Nature of Hate-Motivated Assault*, in *American Behavioral Scientist*, Vol. 59(12), 2015, p. 1547.

⁹⁹ In tal senso LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violence*, cit., p. 51.

afroamericani; l'approvazione ed attuazione nel 2004 nel Massachusetts della legge sul matrimonio egalitario, cui ha fatto seguito un aumento di episodi di violenza nei confronti di persone omosessuali¹⁰⁰. I retaliatory hate crimes si distinguono perché i loro autori sono "ispirati da un desiderio di vendicare un attacco o una umiliazione percepita sul proprio gruppo"¹⁰¹: in tali ipotesi si inverte il gioco delle parti e la vittima diventa carnefice. Ed anche in questo caso la vittima è generalmente selezionata non per uno specifico atto da essa compiuto, ma in ragione della sua mera appartenenza al gruppo percepito come aggressore¹⁰². È possibile notare che i defensive hate crime ed i retaliatory hate crime appaiono sovrapponibili per il caratterizzarsi come reazione ad una minaccia. Invero, la distinzione risulta giustificata per la diversa natura della minaccia vera o presunta: a differenza dei defensive hate crime, nei retaliatory hate crimes la minaccia vera o percepita è rappresentata da un fatto concreto ed individuato, quale, ad esempio l'omicidio o l'aggressione di un membro del gruppo¹⁰³. Infine, l'ultimo gruppo di hate crime individuato, mission hate crime, si caratterizza per la convinzione dell'autore di essere investito di una missione epurativa, consistente nell'eliminazione dei membri di determinati gruppi, considerati malvagi o inferiori. Se da un lato questa quadripartizione degli hate

¹⁰⁰ LEVIN J.-REICHELMANN A., *From Thrill to Defensive Motivation: The Role of Group Threat in the Changing Nature of Hate-Motivated Assault*, cit., pp. 1552-1556.

¹⁰¹ MCDEVITT J.-VEVIN J.-BENNETT S., *Hate Crime Offenders: An Expanded Typology*, cit., p. 306.

¹⁰² LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violence*, cit., p. 47.

¹⁰³ In tal senso MCDEVITT J.-VEVIN J.-BENNETT S., *Hate Crime Offenders: An Expanded Typology*, cit., p. 306 nonché pp. 311-312.

crime pare offrire un quadro completo delle possibili combinazioni tra pregiudizi e motivi ispiratori dell'azione criminosa, idoneo a fungere da strumento operativo per gli investigatori al fine di individuare e perseguire crimini ispirati dall'hate, dall'altro viene molto criticata sotto il profilo dei limiti di tali categorie a ricomprendere ogni possibile caso di hate crime e classificarlo con certezza. In primo luogo molti episodi registrati come hate crime sono risultati ascrivibili a più di una categoria; vi sono poi altri casi in cui l'hate risulta solo un aspetto marginale dell'intera condotta che può risultare ispirata da fattori conflittuali di ben altro tipo¹⁰⁴. Pertanto, se da un lato alla critica di sovrapposibilità delle categorie gli stessi autori della classificazione replicano che essa serve ad individuare non già la motivazione del fatto ma la motivazione "primaria" dello stesso¹⁰⁵, dall'altro resta la necessità di seguire il monito di chi, in considerazione della complessità fenomenologica dei singoli fatti criminali, invita ad intensificare gli studi sui dati raccolti dagli uffici investigativi per comprendere come le categorie vengono impiegate ed a quali concreti risultati portino¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In tal senso le critiche rivolte al modello da un recente studio di PHILLIPS N. D., *The Prosecution of Hate Crimes. The Limitation of Hate Crime Typology*, in *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24, N. 5, 2009, pp. 883-905.

¹⁰⁵ MCDEVITT J.- LEVIN J.-NOLAN J.-BENNETT S., *Hate Crime Offenders*, in CHAKRABORTI N., *Hate Crime. Concepts, policy, future directions*, Willan, Devon, 2010, p. 141.

¹⁰⁶ PHILLIPS N. D., *The Prosecution of Hate Crimes. The Limitation of Hate Crime Typology*, cit., p. 899.

3.2.1.2. Il maggior danno dell'hate crime.

L'aspetto più importante dell'analisi degli hate crime a fini penalistici è rappresentato dalla differenza di essi rispetto a fatti criminosi non ispirati dal pregiudizio nei confronti del gruppo di appartenenza della vittima. In particolare si è indagato se gli hate crime arrechino alle loro vittime un danno ulteriore rispetto alle vittime di crimini non ispirati dall'hate. Un primo aspetto che è stato affrontato è la presenza di danni fisici più gravi rispetto a crimini ordinari. Uno studio in tal senso ha lasciato trarre la conclusione che gli hate crimes "tendono ad essere eccessivamente brutali"¹⁰⁷. Invero, gli studi compiuti a riguardo, che apparentemente hanno fornito questo dato, risultano essere criticabili per la difficoltà di reperire un campione soddisfacente per una più obiettiva comparazione di conseguenze fisiche di aggressioni comuni e motivate dal pregiudizio¹⁰⁸ e pertanto ad oggi una simile conclusione non pare giustificarsi. L'attenzione si è maggiormente focalizzata sulle conseguenze psichico-emotive della vittimizzazione a seguito di hate crimes a confronto della stessa a seguito di reati non motivati dal pregiudizio. Uno studio¹⁰⁹ ad oggi ancora di particolare interesse per l'ampio spettro di dati raccolti tende a confermare la maggiore dannosità psichica ed emotiva

¹⁰⁷ LEVIN J.-MCDEVITT J., *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, cit., 1993, p. 11.

¹⁰⁸ IGANSKI P.-LAGOU S., *The personal injuries of 'hate crime'*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 38-39

¹⁰⁹ Si tratta dell'indagine realizzata da MCDEVITT J.-BALBONI J.-GARCIA L.-GU J., *Consequences for Victims. A Comparison of Bias- and Non-Bias-Motivated Crimes*, in *American Behavioural Scientist*, 45, 2001, pp. 697-713.

degli hate crimes sulle vittime. Sotto il profilo qualitativo la maggiore incidenza degli hate crimes sulle vittime si manifesta con sintomi in parte riconducibili a sindrome post traumatica da stress quali depressione, nervosismo, mancanza di concentrazione, involontario ripensare all'aggressione subita ed in generale sintomi che perdurano per tempi assai prolungati¹¹⁰. Alle medesime conclusioni è giunto anche un altro significativo e particolarmente ampio studio che ha riguardato la vittimizzazione sulla base dell'orientamento sessuale¹¹¹. A rendere più afflittivo per le vittime l'attacco motivato dalla loro mera appartenenza ad un gruppo è, tra l'altro, l'inspiegabilità dell'attacco che, di norma, vede come protagonisti autori non conosciuti alla vittima, in contesti di luogo e di tempo in genere non immaginabili come possibili circostanze di sviluppo dell'aggressione¹¹². Ciò conduce alla frustrazione della vittima che avverte la propria incapacità di prevenire eventuali future aggressioni e le instilla un perenne senso di insicurezza e di timore di

¹¹⁰ IGANSKI P.-LAGOU S., *How Hate Crimes Hurt More*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 6-8. In tal senso altresì CRAIG-HENDERSON K. M., *The Psychological Harms of Hate: Implication and Intervention*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 2, Praeger, 2009, pp. 15-30, in particolare p. 19.

¹¹¹ HEREK G. M.-COGAN J. C.-GILLIS J. R., *Victim Experiences in Hate Crimes Based on Sexual Orientation*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, n. 2, pp. 319-339, in particolare p. 336.

¹¹² In tal senso HEREK G. M.-COGAN J. C.-GILLIS J. R., *Victim Experiences in Hate Crimes Based on Sexual Orientation*, cit., p. 336, ma altresì p. 328 ove si sottolinea come, l'estraneità dell'aggressore rispetto alla vittima non sia una costante in termini assoluti, e che talvolta, in particolare per i reati commessi ai danni delle persone LGBT, aggressori sono compagni di scuola, di college, di lavoro se non addirittura familiari delle vittime.

poter subire di nuovo violenza¹¹³. Tali conseguenze di carattere psichico hanno fatto altresì osservare la tendenza delle vittime a modificare il proprio comportamento, dall'evitare la frequentazione di determinati luoghi, fino al trasferimento in luogo diverso e lontano da quello dell'incidente¹¹⁴. Ma il tratto più distintivo dell'hate crime sotto il profilo del danno provocato viene individuato nella cd. "vittimizzazione secondaria", ossia la vittimizzazione di soggetti non direttamente coinvolti nell'aggressione motivata dal pregiudizio¹¹⁵. Si è significativamente parlato a proposito di hate crime di "reati messaggio"¹¹⁶, rivolti ad indirizzare un monito a tutti coloro che condividono la caratteristica della vittima che ha motivato la condotta dell'autore. Angoscia, paura e rabbia affliggono, così, emotivamente anche coloro che non sono direttamente interessati dall'aggressione sulla base del pregiudizio ma anche dagli altri membri dell'in-group¹¹⁷. Invero, l'effetto di vittimizzazione secondaria degli hate crime è stato ricostruito come male che si propaga come un'onda

¹¹³ MCDEVITT J.-BALBONI J.-GARCIA L.-GU J., *Consequences for Victims. A Comparison of Bias- and Non-Bias-Motivated Crimes*, cit., pp. 706.

¹¹⁴ IGANSKI P.-LAGOU S., *The personal injuries of 'hate crime'*, cit., p. 43.

¹¹⁵ MCDEVITT J.-BALBONI J.-GARCIA L.-GU J., *Consequences for Victims. A Comparison of Bias- and Non-Bias-Motivated Crimes*, cit., p. 698.

¹¹⁶ IGANSKI P., *Hate Crimes Hurt More*, in *American Behavioural Scientist*, 45, 2001, p. 630; PERRY B., *Exploring the community impacts of hate crime*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, p. 47.

¹¹⁷ CRAIG-HENDERSON K. M., *The Psychological Harms of Hate: Implication and Intervention*, cit., p. 24.

(“wave of harm”)¹¹⁸ in un processo che coinvolge 5 stadi di vittimizzazione: anzitutto la vittima immediata, poi i membri dell’in-group della vittima che vivono nelle strette vicinanze ed hanno conoscenza diretta della vittima, i membri del gruppo della vittima che si trovano più distanti dalla vittima sia sotto il profilo spaziale che affettivo, altre comunità bersaglio di stigma (sia spazialmente prossime che lontane dalla vittima) ed infine le norme ed i valori sociali¹¹⁹. Non è casuale che taluni hanno associato l’hate crime ad un vero e proprio atto di “terrorismo”, ponendosi il problema di stabilire la linea di demarcazione tra l’atto compiuto selezionando la vittima per una specifica caratteristica personale e l’atto terroristico¹²⁰. Ferma restando la complessità del fenomeno terroristico – che

¹¹⁸ IGANSKI P., *Hate Crimes Hurt More*, cit., p. 628.

¹¹⁹ Occorre tuttavia sottolineare che episodi qualificabili come hate crime che di norma risultano esplicitare gli effetti qui descritti, talvolta sono stati osservati fungere da propulsori per azioni collettive di rivendicazione di diritti, visibilità e tutela legale, come sottolineato da PERRY B., *Exploring the community impacts of hate crime*, cit., p. 54.

¹²⁰ Si veda LANG K., *Vorurteilskriminalität*, cit., p. 51, nonché BRAX D., *On Hate Crimes and Terrorism*, reperibile on line all’indirizzo <http://www.internationalhatestudies.com/on-hate-crime-and-terrorism/>. In particolare LANG adduce esempi di atti violenza particolarmente eclatanti che risultano difficilmente ascrivibili all’uno od all’altro ambito, quale l’azione stragista compiuta il 22 luglio 2011 in Norvegia da Anders Breivik. Da ultimo negli Stati Uniti è in corso un dibattito sulla qualificazione della recente azione stragista realizzata da Dylann Roof nella Emanuel African Methodist Episcopal Church di Charleston (South Carolina) in seguito alla quale hanno perso la vita nove afroamericani. Si veda l’articolo di BROWN T., *Terrorism v. hate crime: how US courts decide*, pubblicato sul sito della BBC all’indirizzo <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-33205339>.

non può essere affrontata in questa sede – e le connesse difficoltà di inquadrare il fenomeno negli angusti confini di una definizione onnicomprensiva, ciò che risulta cruciale per individuare dei confini ancorché labili è l'analisi delle modalità di realizzazione delle condotte e le finalità prese di mira dall'autore. Negli hate crime l'autore ha di mira la marginalizzazione di uno specifico gruppo sociale e le condotte sono tendenzialmente limitate ad aggressioni (anche letali) a singole o poche persone, mentre nell'atto di terrorismo l'autore mira a fare pressione sul potere costituito per ottenere l'oggetto di specifiche rivendicazioni e realizza condotte eclatanti che mirano ad ottenere ampia visibilità¹²¹. L'effetto di vittimizzazione secondaria, la stigmatizzazione di interi gruppi sociali ad opera di atti di aggressione che si caricano di pregnanti significati simbolici, determinano conseguenze individuali non trascurabili sui singoli membri dell'in-group preso di mira. Si sottolinea come si registri una costante mancanza di fiducia nei confronti dell'altro, e talvolta perfino nei confronti degli stessi membri del proprio in-group¹²². Ma l'effetto più dannoso è rappresentato dalla possibilità che i membri del gruppo stigmatizzato “internalizzino” il pregiudizio nei propri confronti con atteggiamenti di rigetto nei confronti di se stessi e del gruppo di appartenenza. Tra le conseguenze di tali atteggiamenti si osserva una certa ricorrenza di

¹²¹ Ancora LANG K., *Vorurteils kriminalität*, cit., pp. 51-52, sottolinea che, nonostante la difficoltà di definizione dei due concetti, il discrimine più significativo sia rappresentato dalla modalità di realizzazione delle condotte più che dall'elemento ideologico.

¹²² PERRY B., *Exploring the community impacts of hate crime*, cit., pp. 51-52.

comportamenti auto lesivi, quali abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti e azioni suicidarie¹²³.

3.2.2. Hate speech.

L'altra forma di manifestazione dell'hate ha riguardo alla manifestazione di pensiero intriso di pregiudizio, che viene comunemente definito "hate speech". Nello stabilire la demarcazione tra hate speech ed hate crime la guida dell'ODIHR per la prevenzione e repressione degli hate crime definisce gli hate speech come "forme di espressione motivate da, che manifestano o incoraggiano ostilità nei confronti di un gruppo o di una persona a causa della sua appartenenza ad un gruppo"¹²⁴. Tuttavia non può negarsi che la definizione di tale categoria comporti una difficoltà di individuazione dell'esatto confine con l'hate crime. Entrambe sono, infatti, condotte umane ed entrambe sono dettate dall'hate. In particolare, però, l'hate speech è una condotta espressiva di un pensiero¹²⁵. Se, dunque, hate crimes sono fatti costituenti reato motivati dal pregiudizio, quando già determinate espressioni del pensiero costituiscono reato esse saranno ascrivibili agli hate crime piuttosto che agli hate speech. E' questo il caso, ad esempio, dei reati di ingiuria, diffamazione, minaccia, comunque denominati nei singoli ordinamenti. Quanto alla condotta espressiva dell'hate si sottolinea che l'espressione di un pensiero non si limita solo al mezzo della parola (scritta o parlata) ma altresì a gesti concreti che si caricano di significati simbolici e quindi portatori di messaggi. Tale

¹²³ PERRY B., *Exploring the community impacts of hate crime*, cit., ibidem.

¹²⁴ ODIHR, *Preventing and Responding to Hate Crimes*, cit., p. 17.

¹²⁵ GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, Sage, London-New Delhi, 2004, p. 31.

distinzione viene stigmatizzata dall'individuazione di due diverse categorie di forme di espressione che risultano di controversa categorizzazione rispetto agli schemi dell'hate crime e dell'hate speech: l'atto verbale e l'espressione simbolica¹²⁶. Occorre sottolineare che da alcuni decenni non sono pressoché più socialmente tollerati espliciti discorsi qualificabili come hate speech (pertanto espressamente razzisti, xenofobi, ecc.) per cui si presentano in genere in forma sottile, velati da ragionamenti apparenti¹²⁷. Analogamente rispetto agli hate crime, gli hate speech determinano un doppio effetto di vittimizzazione: il primo è rappresentato dal nocumento psichico che affligge la vittima interessata o le persone che appartengono al gruppo della vittima e che abbiano modo

¹²⁶ In tal senso ancora GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, cit., ibidem. Come esempi di correlazione di “verbal acts/symbolic expression” ed “hate crime/hate speech” l'autore considera la “minaccia verbale” ed il cd. “cross burning” – l'incendio di una croce, tipico segnale del Ku Kux Klan di avvertimento e di minaccia nei confronti degli afroamericani. Ove la minaccia sia formulata in termini di “ti odio, spero tu muoia!” di avrà un “verbal act” qualificabile come hate speech, non assurgendo a fatto incriminabile il mero desiderio dell'accadimento infausto; mentre la minaccia formulata in termini di “ti odio, ti ucciderò!” tende ad acquisire connotati di penale rilevanza (art. 612, comma 2, c.p. per l'ordinamento italiano) e pertanto ascrivibile agli hate crime. Nel caso del cross burning, ove il fatto si compia su beni della vittima o comunque all'interno della sua proprietà, assumerà i connotati di symbolic expression penalmente rilevante (come danneggiamento, violenza privata, incendio, violazione di domicilio, ecc., quindi hate crime), mentre ove il fatto si verifichi all'esterno e/o su beni non della vittima si avrà una symbolic expression rilevante come hate speech.

¹²⁷ BOROMISHA-HABASHI D., *Hate Speech*, in *The International Encyclopedia of Language and Social Interaction*, John Wiley & Sons, 2015, p. 2.

di percepire l'hate speech. Il secondo è rappresentato dall'effetto di rafforzamento nel gruppo dominante (o dell'in-group che manifesta il pregiudizio) di determinate posizioni, convinzioni, atteggiamenti ostili nei confronti dei membri del gruppo target del discorso ispirato dal pregiudizio.

3.2.3. Genocidio.

A conclusione dell'analisi delle forme di manifestazione dell'hate nelle dinamiche intergruppo non può tralasciarsi qualche breve riflessione sull'acme della spirale di violenza innescata dal pregiudizio, come rischio potenziale e come fatto effettivamente verificatosi: il genocidio. Il termine genocidio è stato coniato da Raphael Lemkin, giurista polacco di origini ebraiche con riferimento anzitutto all'eccidio passato alla storia come "genocidio armeno" ad opera dei turchi e, successivamente, con riferimento all'olocausto degli ebrei¹²⁸. La definizione che ne offre nel 1944 è la seguente: *"con «genocidio» intendiamo la distruzione di una nazione o di un gruppo etnico. Questa nuova parola coniata dall'autore per individuare una risalente pratica nella sua forma moderna, è composta dalla parola greca genos (razza, stirpe) e la latina cidio (uccisione)... generalmente parlando, genocidio non significa necessariamente l'immediata distruzione di una nazione, tranne che se accompagnato dall'uccisione di massa di tutti i membri di una nazione. Esso vuole piuttosto significare un piano coordinato di differenti azioni miranti alla distruzione degli aspetti fondamentali della vita del gruppo nazionale allo scopo di annientare il gruppo stesso. Il genocidio è diretto contro il*

¹²⁸ PYTELL T., *Weighing Genocide*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, p. 205

*gruppo nazionale quale entità e le azioni sono intraprese nei confronti dei singoli, non nella loro capacità individuale, ma come membri di un gruppo nazionale”*¹²⁹. Il lavoro di Lemkin è stato di fondamentale supporto ai lavori preparatori della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, firmata il 9 dicembre del 1948, che all’art. 2 definisce il genocidio come: *“ciascuno degli atti seguenti, commessi con l’intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale:*

- a) uccisione di membri del gruppo;*
- b) lesioni gravi all’integrità fisica o mentale di membri del gruppo;*
- c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale;*
- d) misure miranti a impedire nascite all’interno del gruppo;*
- e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro.”*¹³⁰

Tale definizione rivela la presenza di quegli elementi tipici che sono propri delle relazioni intergruppo e, segnatamente, degli hate crime, portati alle estreme conseguenze. Si tratta di azioni mirate contro i membri di specifici gruppi sociali (segnatamente gruppi etnici, nazionali, religiosi e razziali). L’aspetto che non compare espressamente in termini definitivi è l’origine psichica della finalità genocidiaria che la disanima sugli hate crime

¹²⁹ LEMKIN R., *Axis Rule in Occupied Europe*, The Lawbook Exchange, Clark (NJ), 2005, p. 79

¹³⁰ La definizione della Convenzione qui riportata è stata, poi, pedissequamente recepita dall’art. 6 dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale, firmato il 17 luglio 1998.

ha individuato nell'hate, il pregiudizio. Invero esso viene messo in rilievo nell'analisi delle condizioni che conducono al genocidio al fine di prevenirlo. Un'attenta analisi dei fatti che hanno condotto all'olocausto degli ebrei ha esaminato i fatti storici ed ha catalogato gli eventi susseguitisi secondo stadi progressivi¹³¹ ed ha individuato nella classificazione, simbolizzazione, discriminazione e deumanizzazione i prodromi che hanno condotto alla soluzione finale¹³². Il messaggio che emerge, in definitiva, è che la prevenzione del genocidio si realizza tramite "interventi" sulla diffusione di idee ed atteggiamenti di ostilità nonché su azioni discriminatorie o penalmente rilevanti (queste ultime "hate crime") nei confronti di individui in ragione della loro appartenenza a specifici gruppi¹³³.

4. Contrasto effettivo dell'hate e legislazione.

La fenomenologia dell'hate come sopra analizzata rivela la necessità che il controllo del fenomeno sia gestito altresì dallo Stato al fine anzitutto di prevenire lo sviluppo di episodi insignificanti in fatti di particolare gravità ed allarme sociale¹³⁴. Tuttavia si è molto discusso

¹³¹ KIELSGARD M., *Responding to Modern Genocide*, Routledge, London-New York, 2015, p. 76 e ss.

¹³² L'excalation prosegue poi con l'organizzazione, la polarizzazione, preparazione, persecuzione, sterminio e, infine, negazionismo. KIELSGARD M., *Responding to Modern Genocide*, cit., ibidem.

¹³³ In tal senso ancora KIELSGARD M., *Responding to Modern Genocide*, cit., p. 57 e ss.

¹³⁴ Si tratta della funzione meglio nota come "controllo sociale" su cui si veda HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, trad. it. A cura di SICILIANO D., *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 37 e ss.

sull'efficacia delle misure statuali nel contrastare il fenomeno dell'hate – e dell'hate di matrice omofobica in particolare. Sull'impiego della legge si è spesso sottolineato, da un lato, che si tratti dello strumento più utile a determinare il cambiamento sociale in termini educativi e comportamentali e, dall'altro, come la stessa legge non faccia altro che collocarsi in un processo di cambiamento ben più complesso e tutt'altro che effettivo in assenza di misure parallele¹³⁵. Tale processo viene individuato in un complesso gioco di interazioni tra forze sociali ed istituzionali, in particolare quattro fattori fondamentali: lo Stato legislatore, le “agenzie” che si occupano di attuare la legge, la collettività ed il contesto sociale. La legislazione necessita, infatti, di apparati che ne garantiscano l'applicazione. Tali apparati, a loro volta, da un lato necessitano di regole di funzionamento di carattere giuridico per poter operare e dall'altro della collaborazione della collettività, la quale dovrà nutrire fiducia nel loro operato per poter ricorrere ad essi. Il contesto sociale, poi, determina le condizioni in presenza delle quali una determinata istanza sociale venga recepita a livello legislativo ma altresì la probabilità di spontanea attuazione del precetto legislativo in presenza di consenso generale rispetto ai valori espressi dal precetto legislativo stesso¹³⁶. Ne consegue che una legislazione effettiva in materia di contrasto all'hate non può meramente limitarsi a prevedere la censura diretta del comportamento ispirato dall'hate ma deve intervenire in via indiretta altresì sugli altri aspetti. Non a caso nel contesto statunitense vengono annoverate tra le leggi contro gli hate crime anche le leggi che

¹³⁵ HALL N., *Hate crime*, Routledge, London & New York, 2013, p. 125.

¹³⁶ In tal senso ancora HALL N., *Hate crime*, cit., p. 136.

stimolano comportamenti e prassi positivi, quali quelle sui diritti civili e quelle che mirano a monitorare il fenomeno stabilendo la raccolta periodica di dati statistici da parte di agenzie governative (federali e statali)¹³⁷.

4.1. Legislazione penale ed hate.

La legge – ed in particolare la legge penale – risulta lo strumento di maggiore significatività in termini di trasmissione di un messaggio valoriale da parte dello Stato e, di conseguenza, particolarmente appropriato nel contrasto al pregiudizio ed ai connessi atteggiamenti di ostilità nei confronti di gruppi vulnerabili in generale e delle persone LGBT in particolare. Nondimeno il contrasto all'hate per via della legislazione penale pone una pluralità di problemi legati alla necessità che gli interventi in questione si armonizzino con il sistema penale. La formulazione delle norme penali che mirano a contrastare comportamenti ispirati dall'hate pongono questioni di politica criminale oltre che strettamente penalistiche. Tali problemi meritano una particolare attenzione considerando gli hate crime ed agli hate speech alla luce delle soluzioni legislative adottate dai Paesi in cui tali categoria sono state recepite dalla legislazione penale, in particolare negli Stati Uniti.

4.1.1. Hate crime e diritto penale.

Come già precedentemente evidenziato, l'espressione hate crime si riferisce a condotte che già costituiscono reato cui si aggiunge l'elemento dell'hate, del pregiudizio, nei confronti della vittima. Nella traduzione normativa del

¹³⁷ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 29.

concetto di hate crime i legislatori hanno dovuto anzitutto affrontare il problema della formulazione della fattispecie. Tale aspetto comprende due ulteriori problematiche: quale meccanismo impiegare per determinare un trattamento di maggior rigore e come descrivere il nesso esistente tra l'hate e il già sanzionato fatto penalmente rilevante. Venendo alle tecniche di incremento sanzionatorio, si evidenzia che due sono le tecniche generalmente impiegate, la previsione di una circostanza aggravante e la previsione di fattispecie autonome di reato. La soluzione della previsione di un'aggravante *ad hoc* risulta il modello più diffuso negli Stati Uniti ed in Europa, segnatamente nella forma del “*penalty enhancement model*” che prevede una diversa cornice edittale per quelle fattispecie già sanzionate penalmente se commesse con hate¹³⁸. Altro modello di aggravante altresì utilizzato dalle legislazioni in materia di hate crime è il meccanismo del “*sentence aggravation model*” ove il giudice ha una maggiore discrezione nell'aumentare la pena prevista dalla fattispecie base¹³⁹. Diversa è invece la soluzione adottata

¹³⁸ In tal senso MASON G., *Legislating against hate*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, p. 60, ove si precisa che la norma penale costruita sul *penalty enhancement model* “*specifies an additional maximum, sometimes minimum, penalty on (some or all) pre-existing offence if the conduct is motivated or aggravated by racial, religious or other forms of prejudice or group hostility*”. L'esempio che viene addotto è l'ipotesi di aggressione che causi lesioni corporali che, ai sensi del Crime and Disorder Act (1998) vigente in Inghilterra e Galles, prevede un massimo edittale di cinque anni di reclusione che divengono sette in ipotesi in cui l'aggressione sia commessa “*in circumstances of racial or religious aggravation*”.

¹³⁹ Ancora MASON G., *Legislating against hate*, cit., p. 61, ove è portato l'esempio della legislazione canadese che alla sezione

da talune legislazioni di prevedere l'hate come elemento di fattispecie incriminatrici autonome, paradigma meglio noto come “*substantive offence model*”. Per quanto attiene, invece, al collegamento tra hate e fatto penalmente rilevante, ben più complesse sono le problematiche sottese alla definizione legislativa di tale nesso, come, cioè, si faccia confluire il concetto di pregiudizio nella norma penale (aggravante o fattispecie autonoma), trattandosi di movente dell'azione. La linea di tendenza delle legislazioni sia statunitense che degli Stati europei tende a recepire il fattore hate secondo due distinti schemi, il “*discriminatory selection model*” ed il “*racial animus model*”¹⁴⁰. La prima proposta prende in considerazione la mera selezione della vittima motivata dalla sua appartenenza ad un determinato gruppo, la seconda invece aggiunge un fondamentale *quid pluris* nella connotazione

718.2 (a) (i) del codice penale prevede quale fattore aggravante il fatto che il reato sia motivato da pregiudizio oppure odio basato sulla razza, origine etnica o nazionale, lingua, colore, religione, sesso, età, disabilità fisica o mentale, orientamento sessuale ed altri fattori simili. Pare opportuno evidenziare che le tipologie di circostanza aggravante prese in considerazione per gli hate crimes così come proposte nelle legislazioni considerate non sono sovrapponibili tout court alle circostanze aggravanti dell'ordinamento Italiano. Se da un lato il *penalty enhancement model* richiama le circostanze ad effetto speciale che prevedono una diversa cornice edittale di pena rispetto alla fattispecie non aggravata, il *sentence aggravation model* parrebbe ora inquadrabile tra le circostanze ad effetto comune ora tra quelle ad effetto speciale in ragione del diverso massimo aumento possibile previsto dalla legislazione penale italiana e che rappresenta il discrimine tra aggravanti ad effetto comune e aggravanti ad effetto speciale.

¹⁴⁰ Tale distinzione viene ricondotta a LAWRENCE F.M., *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of of Bias-Motivated Crimes*, in *Michigan Law Review*, 93, 1994, p. 323.

del fatto: la vittima è stata selezionata non già e semplicemente in quanto appartenente ad un determinato gruppo ma altresì e soprattutto per l'odio ed l'avversione nutrita dall'autore del fatto nei confronti degli appartenenti dello stesso individuato gruppo. È stato evidenziato come la scelta dell'uno o dell'altro modello sia tutt'altro che indifferente nella costruzione di una fattispecie di hate crime. Invero il *discriminatory selection model* è suscettibile di far assurgere a hate crime fatti in cui la scelta della vittima non è assolutamente motivata da un pregiudizio, ma da motivi di diversa natura¹⁴¹, quali la scarsa propensione della vittima selezionata a reagire ed a rivolgersi alle autorità come nel caso dei *thrill motivated hate crime*. Il *racial animus model*, invece, rappresenta un sottoinsieme di comportamenti corrispondenti al *discriminatory selection model* in cui la vittima è scelta per l'appartenenza ad un gruppo e dandosi rilievo alla motivazione – il pregiudizio – rappresenta il modello che meglio risponde alla costruzione legislativa di una fattispecie di hate crime¹⁴². Tuttavia la questione del nesso tra pregiudizio e reato non si esaurisce nelle predette alternative ma deve tener conto che non sempre un pregiudizio anche esistente rappresenta l'unica ed esclusiva motivazione del reato. Ben possono darsi, infatti, ipotesi in cui il reato prende origine da situazioni conflittuali di natura molto meno ideologica e molto più concreta del pregiudizio intergruppo – ad esempio rapporti di vicinato, conflitti sul posto di lavoro – ove il pregiudizio trova uno spazio non più di primario rilievo se non addirittura marginale¹⁴³. In termini strettamente normativi

¹⁴¹ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, cit., p. 383.

¹⁴² LANG K., *Vorurteils kriminalität*, cit., p. 387.

¹⁴³ MASON G., *Legislating against hate*, cit., pp. 62-63.

il *trend* seguito dalla legislazione penale degli Stati che adottano una legislazione sugli hate crime vede da un lato la previsione di fatti “motivati”/”motivati in tutto o in parte” da pregiudizio o odio, e dall’altro di fatti commessi “per”, “a causa”, “in ragione” dell’appartenenza della vittima ad un determinato gruppo. Da un punto di vista formale – ed a prescindere da ulteriori rilievi critici – la prima formulazione rispecchia maggiormente l’essenza dell’hate crime dando rilievo ai motivi che spingono l’autore alla selezione della vittima. Peraltro le legislazioni che precisano “in tutto o in parte” prendono posizione in una certa misura sul problema della maggiore o minore preponderanza del pregiudizio quale movente del reato, consentendo la configurazione di una fattispecie di hate crime anche ove il pregiudizio non sia l’unico movente dell’azione¹⁴⁴. Quanto alla seconda, invece, se ne

¹⁴⁴ Occorre precisare che l’espressione “motivati da” si presta a due eccessi interpretativi, da un lato l’estendere eccessivamente la nozione di hate crime ricomprendendovi anche fatti in cui il ruolo del pregiudizio sia assolutamente marginale e dall’altro limitare eccessivamente la sua applicazione alle sole ipotesi di quelli che vengono definiti “mission hate crime” (supra, § 3.2.1.1) e che statisticamente risultano essere i più rari, con conseguente vanificazione di un intervento normativo in materia. Sulla problematica considerazione dell’incidenza del pregiudizio sulla commissione del fatto si veda, poi, la nota analisi di JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 23, che porta a schematizzare le possibili combinazioni di grado del pregiudizio nell’autore del fatto e livello di inferenza causale di tale pregiudizio sulla commissione del reato, secondo quattro ipotizzabili combinazioni (high prejudice/high causation; high prejudice/low causation; low prejudice/high causation; low prejudice/low causation), problematizzando l’ascrivibilità di qualsiasi di tali formule alla categoria degli hate crime intesi in senso criminologico prima ancora che normativo.

sottolinea l'ambiguità e la difficoltà a consentire l'inquadramento della fattispecie nel *discriminatory selection model* o nel *racial animus model*¹⁴⁵, poiché le formulazioni considerate sono suscettibili di interpretazione sia in termini di pregiudizio dell'autore nei confronti della vittima, sia in termini di mera convenienza dovuta ad "aspettativa di comportamento della vittima"¹⁴⁶.

4.1.2. Hate speech e diritto penale.

Sostanzialmente diverso è l'approccio al problema della relazione tra hate speech e diritto penale trattandosi di comportamenti in parte sovrapponibili. Ove, infatti, espressioni verbali o simboliche che manifestino o incoraggino avversione ed ostilità nei confronti di una persona o di un gruppo a causa dell'appartenenza ad un determinato gruppo assurgano ad illeciti penali, ci si trova di fronte ad un hate speech che si qualifica altresì come

¹⁴⁵ Su tale ambigua ascrivibilità si veda Lawrence F. L., *Punishing Hate*, Cambridge, 1999, p. 35, cit. in LANG K., *Vorurteils kriminalität*, cit., p. 385, nota 940.

¹⁴⁶ Pare utile evidenziare che l'aspettativa di comportamento della vittima dal punto di vista dell'autore di reato sia anch'essa un pregiudizio che ha origine da un certo stereotipo riconnesso ad un tipo di vittima. AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Freiburg im Breisgau, 2006, pp. 74-75, porta l'esempio dell'ebreo che viene scelto dall'autore di un furto in quanto ebreo, non già per astio nei confronti degli Ebrei ma perché ritenuto facoltoso in conformità ad un secolare stereotipo che associa gli Ebrei alla ricchezza e, quindi, a maggiori e più proficue possibilità di successo per un reato contro il patrimonio. Tale pregiudizio – cui l'autore si riferisce definendolo "aspettativa" ("Erwartung") – differisce dal pregiudizio che si è inteso come "hate" per la mancanza dell'aspetto emozionale proprio di tale atteggiamento.

hate crime. Il fenomeno dell'hate speech, tuttavia, è ben più ampio della prospettiva penalistica abbracciando ipotesi che esulano dalla rilevanza penale¹⁴⁷ e spesso sono coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero. Per quando riguarda la rilevanza penale degli hate speech, pertanto, occorre distinguere due categorie di fattispecie: i reati comuni che si realizzano mediante la manifestazione del pensiero (ad esempio ingiuria, diffamazione, minaccia) motivati dall'hate e le fattispecie di espressione motivate dall'hate che in mancanza di quest'ultimo elemento non costituirebbero reato (ad esempio la diffusione di idee fondate sulla superiorità razziale o etnica). Le questioni afferenti alla prima categoria di norme penali sull'hate speech sono le medesime relative agli hate crime; con riferimento alla seconda categoria, fattispecie piuttosto esigue, presentano problemi autonomi sia di carattere politico criminale che di carattere strettamente penalistico che possono essere meglio compresi nell'ambito di un esame delle problematiche sottese in generale al contrasto dell'hate tramite il diritto penale.

4.2. Il fondamento giuridico della norma penale contro l'hate.

Se sotto un profilo strettamente normativo risulta piuttosto agevole offrire una lettura complessiva delle soluzioni adottate dagli Stati che si sono dotati di ccdd. "*hate crime*

¹⁴⁷ GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, Sage, cit., pp. 29-30 riporta quali esempi di misure legislative extrapenali adottati ne Stati Uniti i codici di comportamento adottati da numerosi college che proibiscono determinati tipi di espressione nonché l'ordinanza adottata dalla città di St. Paul, in Minnesota, che proibisce simboli e manifestazioni offensive in luogo pubblico.

statutes”, ben più complessa e controversa è l’analisi della giustificazione di norme incriminatrici sugli hate crime ed hate speech sotto il profilo politico criminale. Rispondere al quesito sul perché punire più gravemente reati motivati dal pregiudizio o discorsi che esprimono pregiudizio presuppone la risposta all’interrogativo sulla finalità della pena e solo in base alle soluzioni fornite al problema dello strumento penale possono essere coerentemente inquadrati argomenti e soluzioni sull’adozione di norme penali relative a fatti di hate. Riprendendo schematicamente concetti oggetto di secolare attenzione penalistica ed oggetto di dibattito ad oggi ancora aperto, si considerano al fine della presente analisi le tre fondamentali correnti dottrinali relative al fine della pena: la teoria della retribuzione, la teoria della prevenzione e la teoria mista¹⁴⁸.

4.2.1. Hate e funzione retributiva della pena.

La teoria della retribuzione, che considera la pena come retribuzione per la colpa, con connotazione etico/moraleggiante e funzione meramente espiatoria¹⁴⁹, presuppone un rimprovero fondato esclusivamente sulla

¹⁴⁸ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, cit., p. 99, ove viene proposta la tripartizione in questione con riferimento al modello tripartito statunitense del “Retributivism”, “Utilitarianism” e “Hybrid-Theory” che corrisponde al modello tedesco dei “Vergeltungstheorie”, “Vorbeugungstheorie” e “Vereinigungstheorie”. La teoria mista non sarà oggetto di una specifica considerazione dovendo riferirsi ad essa congiuntamente le considerazioni proposte per la teoria della retribuzione e della prevenzione.

¹⁴⁹ Sulla funzione retributiva della pena si veda, per tutti, PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 14.

colpevolezza dell'autore e, quindi, sull'aspetto soggettivo del fatto commesso, postulando, di conseguenza, la proporzionalità tra la gravità della colpa e la gravità della sanzione¹⁵⁰. Su tali premesse un aggravamento sanzionatorio per un fatto già costituente reato ma fondato sull'hate si giustifica solo se l'hate come elemento soggettivo del fatto può considerarsi più riprovevole di altri motivi. Sul punto si tende ad evidenziare che la gravità dell'aspetto soggettivo del fatto di reato è di per sé considerato dagli ordinamenti penali ai fini non solo e semplicemente di individuare il trattamento sanzionatorio, ma anzitutto per individuare la fattispecie applicabile. Jakobs e Potter, i maggiori critici della opzione legislativa di incriminare fatti motivati dall'hate, sul punto osservano che l'aspetto psichico in base al quale il trattamento sanzionatorio viene calibrato dal legislatore è quello che tecnicamente viene definito elemento soggettivo del reato – “*mens rea*” nel diritto penale anglosassone – ricomprensivo il dolo e la colpa nei loro vari gradi, non già il motivo quale elemento psichico alla base della volizione del fatto di reato¹⁵¹. Se è vero che il legislatore non è estraneo a considerare la rilevanza di taluni motivi per aggravare o mitigare il trattamento sanzionatorio – e gli stessi Autori non obiettano a riguardo “in linea di principio” – ciò che essi criticano è la ragione per cui l'hate debba considerarsi più grave di altri motivi pur considerati dal legislatore¹⁵². A ben vedere trattandosi di

¹⁵⁰ LAWRENCE F.M., *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of of Bias-Motivated Crimes*, cit., pp. 349-350.

¹⁵¹ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 80.

¹⁵² JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., ibidem, corsivo originale nel testo.

grandezza qualitativa, la riprovevolezza del motivo non può obiettivamente essere commisurata – peraltro in astratto, a prescindere dalla considerazione di situazioni concrete – al fine di positivizzare una norma incriminatrice. Ed ancora più destabilizzante risulta un’ulteriore critica mossa alla considerata opzione politico criminale in chiave retribuzionistica. Considerate le risultanze degli studi psicosociologici sull’acquisizione del pregiudizio come fattore naturale – qualsivoglia pregiudizio, ivi compreso l’hate per chi lo acquisisce – ci si interroga sulla volontarietà/consapevolezza dell’acquisizione dello stesso¹⁵³. Ove non possa ravvisarsi compartecipazione volontaria e cosciente della persona al processo di acquisizione dell’hate, dovrà concludersi con Jakobs e Potter che, paradossalmente, la colpevolezza del reo sia addirittura ridotta¹⁵⁴ e, in termini sanzionatori, il motivo “hate” dovrebbe comportare una mitigazione anziché un inasprimento della pena.

4.2.2. Hate e funzione preventiva della pena.

Se la prospettiva retribuzionistica non persuade in merito al meccanismo che comporta un aumento di pena in presenza dell’hate, a diverse conclusioni – se pur non assolutamente immuni da critiche – si giunge in un’ottica di finalità preventiva della pena. L’idea di pena finalizzata alla prevenzione di futuri reati si contestualizza in una

¹⁵³ In tal senso SULLIVAN A., *What’s so bad about hate? The illogic and illiberalism behind hate crime law*, in *New York Times Magazine*, 26 settembre 1999, reperibile all’indirizzo web <http://www.nytimes.com/1999/09/26/magazine/what-s-so-bad-about-hate.html?pagewanted=all>

¹⁵⁴ ¹⁵⁴ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 81.

visione del diritto penale finalizzato alla tutela di beni giuridici¹⁵⁵. In tale prospettiva occorre individuare la giustificazione degli *hate crime statute* in termini anzitutto di offesa ad un bene giuridico e di idoneità della norma penale *ad hoc* di esplicare un effetto preventivo efficacemente¹⁵⁶. Quando si parla di hate crime il problema dell'offesa al bene giuridico si pone in termini parziali trattandosi di condotte già penalmente rilevanti e già configurabili come offensive di specifici beni giuridici. La questione problematica riguarda la maggiore offensività della condotta cui viene ancorato il *quid pluris* sanzionatorio ricollegato alla presenza dell'hate nella commissione del fatto. Come si è precedentemente riportato¹⁵⁷, le indagini condotte sugli effetti degli hate crime tendono a dimostrare una maggiore lesività di tali condotte su tre distinti livelli, quello della vittima immediata, quello del gruppo al quale la vittima appartiene e, più in generale e più latamente, il contesto sociale nel quale l'hate crime ha luogo e che mette a rischio di destabilizzazione acuendo conflitti intergruppo e sollecitando azioni di rappresaglia da parte degli stessi gruppi vittimizzati. Sotto il profilo del maggior danno alla vittima in termini fisici, stesso le ricerche che hanno provato a verificare questa ipotesi sono addivenute a conclusioni negative¹⁵⁸. Peraltro, quand'anche un reato

¹⁵⁵ Si veda per tutti PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 18-19.

¹⁵⁶ Tali sono i presupposti dell'efficacia generalpreventiva della pena oltre al non espresso ma altresì fondamentale presupposto della conoscibilità del precetto. In tal senso ancora PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., ibidem.

¹⁵⁷ Cfr. supra, § 3.2.1.2.

¹⁵⁸ In tal senso LEVIN J.-MCDEVITT J., *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, cit., 1993, p. 11, ed in maniera più netta

motivato da hate conducesse a conseguenze fisiche particolarmente gravi, non sarebbe questa la giustificazione per un inasprimento sanzionatorio che, per le conseguenze di crimini violenti, è pressoché da ogni legislazione penale già previsto. L'argomento del maggiore danno psichico alla vittima viene considerato più convincente nei termini per cui le vittime degli hate crime presentano sintomatologie patologiche – si parla di sindrome posttraumatica da stress – più intense, marcate e prolungate nel tempo rispetto alle vittime di reati non motivati dall'hate¹⁵⁹. Quanto al cd. “*in terrorem effect*”¹⁶⁰ determinato dall'hate crime può apparire di certo un

IGANSKI P.-LAGOU S., *The personal injuries of ‘ hate crime’*, cit., pp. 38-39

¹⁵⁹ Per tutti si veda IGANSKI P.-LAGOU S., *How Hate Crimes Hurt More*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 6-8. In tal senso altresì CRAIG-HENDERSON K. M., *The Psychological Harms of Hate: Implication and Intervention*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 2, Praeger, 2009, pp. 15-30, in particolare p. 19. Pur considerando che tali ultimi contributi citati sono piuttosto recenti occorre sottolineare che l conclusione del maggior danno di carattere psichico è stato criticato da JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., pp. 82-84, con specifico riferimento allo studio pilota condotto negli Stati Uniti nel 1989, ad opera del National Institute Against Prejudice and Violence (NIAPV), e citato nella sentenza *Wisconsin v. Michell* per giustificare l'inasprimento sanzionatorio previsto dalla legge sugli hate crime. La critica degli Autori si fonda essenzialmente sul profilo metodologico della risalente indagine, la quale aveva considerato gli effetti psichici determinatisi sulle sole vittime di hate crime non anche su vittime di crimini non motivati dall'hate, rendendo così infondata l'affermazione della maggior dannosità psichica degli hate crime.

¹⁶⁰ PERRY B.-ALVI S., ‘*We are all vulnerable*’: the in terrorem effects of hate crimes, in *International Review of Victimology*, 2011, 18 (I), pp. 57-71.

persuasivo argomento giustificante l'inasprimento sanzionatorio ma non risulta immune da critiche. Si è infatti osservato che anche reati comuni determinano effetti analoghi sulla popolazione del luogo che si è rivelato teatro di determinati fatti criminosi, causando, ad esempio, insicurezza, timore e cambiamento di abitudini¹⁶¹. In terzo ed ultimo luogo il pericolo di conflitti sociali determinati da astio tra gruppi contrapposti – da un lato vittimizzanti, dall'altro vittimizzati che possono esercitare rappresaglie – pare essere un motivo anche sostenuto, ma altresì criticato. Si evidenzia, infatti, che non sempre e non tutti i gruppi vittimizzati esercitano o, addirittura, sono in grado di esercitare azioni di rappresaglia: se si sono registrati negli Stati Uniti episodi di persone afroamericane che hanno compiuto quelli che precedentemente si sono definiti *retaliatory hate crime* nei confronti di persone di carnagione bianca, gli Autori si chiedono come possa aspettarsi da invalidi su sedia a rotelle, vittime di hate crime, azioni di rappresaglia nei confronti del gruppo di appartenenza dei propri aggressori¹⁶². Non si può, tuttavia, evitare di considerare che una tale critica si scontra con il complesso problema della selezione dei gruppi che vengono o devono essere tutelati dalle norme penali¹⁶³. Le questioni poste in campo in tema di giustificazione delle norme penali che incrementano le sanzioni in presenza dell'hate, dal punto di vista penalistico nella prospettiva funzionalista del diritto penale, presuppongono una contestualizzazione nella

¹⁶¹ Ancora JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., pp. 86-87.

¹⁶² JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 88.

¹⁶³ Su cui infra, § 3.3.3.

problematica del bene giuridico protetto dalla norma, in particolare quale sia il bene giuridico considerato e se non si tratti di una pluralità di beni giuridici¹⁶⁴. L'individuazione del bene giuridico oggetto di protezione necessita della soluzione alla domanda dell'essenza della categoria del bene giuridico in sé. Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione del concetto di bene giuridico¹⁶⁵ e, fermo restando che il dibattito risulta tutt'altro che sopito, la nozione che qui si accoglie di bene giuridico oggetto di tutela penale è quella propugnata dalla *personale Rechtsgutslehre*¹⁶⁶ di matrice tedesca ed

¹⁶⁴ Come condivisibilmente suggerisce MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 4-5, da un punto di vista metodologico è opportuno sottolineare che il bene giuridico, come categoria dommatica se da un lato prescinde da uno specifico ordinamento di riferimento, dall'altro risulta comunque influenzato dall'elaborazione dottrinale di specifici contesti normativi con la conseguenza che, quando su di un tema criminologico generale – come quello degli hate crime – s'intende innestare un discorso di carattere tecnico-giuridico, occorrerà necessariamente far riferimento ad uno specifico approccio di carattere dommatico. Nel caso della presente analisi che analizzerà gli aspetti giuridici del tema nella legislazione tedesca ed italiana ci si riferirà al concetto di bene giuridico quale elaborato nella dommatica dei predetti ordinamenti.

¹⁶⁵ Su cui diffusamente MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, nonché FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in RIDPP, 1982, pp. 42-81; PULITANÒ D., voce "Offensività del reato (principio di)", in *Enciclopedia del diritto*, annali VIII, Giuffrè, pp. 665-685.

¹⁶⁶ Su cui si veda in particolare MARX M., *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomene einer materialen Verbrechenslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, nonché HASSEMER W., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in

ampiamente ripresa dalla dottrina italiana – in contrapposizione alla teoria formale del bene giuridico – secondo un approccio costituzionalmente orientato¹⁶⁷. A stregua di tale concezione il bene giuridico è “l’«interesse umano bisognoso di tutela penale», cioè il bene necessario al pieno sviluppo del singolo, assumendosi appunto la «persona» a centro di riferimento ed a parametro della legittimazione dell’intervento penale”¹⁶⁸. Gli interessi umani così definiti devono essere riconducibili in via diretta o indiretta a beni previsti in costituzione essendo a fronte dell’offesa ad uno di tali beni che si realizza la compressione da parte del potere punitivo statale del bene giuridico di rango costituzionale della libertà personale¹⁶⁹. Orbene, le ragioni a fondamento della maggior severità del trattamento sanzionatorio per gli hate crime possono raggrupparsi in due categorie: quelle che riguardano la singola vittima dell’hate crime e quelle che riguardano la

Jenseits des Funktionalismus (FS-A. Kaufmann zum 65. Geburtstag), Heidelberg, 1989, pp. 85 e ss.

¹⁶⁷ Si tributa a BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., XIX, 1973, p. 7 ss., la prima più completa formulazione della teoria dell’ancoraggio a costituzione del bene giuridico oggetto di tutela penale. In tal senso MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 44.

¹⁶⁸ HASSEMER W., *vor § 1*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Lieferung, Baden-Baden, 1997, Rn. 255 ss., pp. 281 e 288 ss., cit. in MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 22.

¹⁶⁹ Si veda per tutti FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 13. La libertà personale non è, tuttavia, l’unico bene inciso dalla sanzione penale; esso viene in gioco quando si tratta di pena detentiva, ma in ipotesi di pena pecuniaria è il patrimonio a venire in rilievo come. Inoltre, lo stigma conseguente alla condanna penale comporta in ogni caso l’afflizione della dignità sociale della persona.

pluralità di vittime indirette coinvolte nell'episodio. Se è vero che né il profilo delle lesioni fisiche né quello relativo alle lesioni psichiche aggiunge alcunché all'offesa tipica di altri fattispecie già assoggettate a pena e dirette contro l'incolumità (fisica o psichica) della persona, il *quid pluris* dell'hate viene individuato nella discriminazione diretta alla vittima che subisce un reato in ragione della propria appartenenza ad un determinato gruppo. La realizzazione di un atto discriminatorio viene ricollegata alla violazione del principio di uguaglianza in termini di dignità di persona che accomuna ogni singolo individuo e che si traduce nel diritto all'eguale rispetto, come risultato dialettico della compresenza nella persona umana di libertà oltre che eguaglianza¹⁷⁰. Trattasi non già del rispetto inteso come stima dell'altro, come "valutazione mirata" sulla persona e sul suo comportamento, ma del rispetto inteso come "*riconoscimento reciproco dell'altro come soggetto morale*"¹⁷¹. L'inasprimento sanzionatorio ricollegato all'hate crime rappresenta, pertanto, una ipotesi in cui il diritto non essendo in grado di imporre un positivo riconoscimento, può tuttavia "*vietare atti positivi di disconoscimento, di lesione del rispetto che è dovuto a tutti gli uomini semplicemente in quanto uomini*"¹⁷². Per quanto concerne le giustificazioni di trattamento sanzionatorio più

¹⁷⁰ In tal senso PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp.26-27, nonché BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXXIII, n. 4, dicembre 2013, pp. 832-833. Sul concetto di dignità e sulle sue problematiche interpretative si veda *infra* capitolo 3, § 3.1.4.1.

¹⁷¹ PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 27.

¹⁷² PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 43.

rigoristico fondate sul danno derivante alla vittime indirette dell'hate crime, ove si ritengano suscettibili di valida ed autonoma considerazione rispetto agli effetti analoghi determinati da reati non motivati dall'hate, l'individuazione di un bene giuridico oggetto della tutela dovrà essere ravvisato in un bene collettivo o sovraindividuale spesso ravvisato nell'ordine pubblico e nelle sue declinazioni – o analoghe denominazioni – riferibili ai vari ordinamenti¹⁷³. Se poi tali fattispecie, giustificate sotto un profilo strettamente dommatico, risultano altresì idonee a sortire l'effetto preventivo di tutela del bene/dei beni individuati nella sua esplicazione negativa (funzione deterrente) e positiva (aggregatrice di consensi) è un discorso ulteriore ed anch'esso problematico. Si sottolinea, infatti, come tale effetto sia difficilmente misurabile e prevedibile dal punto di vista empirico¹⁷⁴; tale argomentazione è, tuttavia, relativamente convincente in quanto riferibile a qualsivoglia scelta di incriminazione del legislatore, non solo a quella relativa agli hate crime: per nessun reato, infatti, è possibile empiricamente misurare il potenziale effetto deterrente della minaccia della pena o dell'inasprimento

¹⁷³ Il discorso dell'individuazione del bene giuridico riferito agli hate crime deve considerarsi riferito anche agli hate speech, sia quelli che, come si è precedentemente sottolineato, già possono considerarsi hate crime, sia a quelli che senza specifica incriminazione non rileverebbero altrimenti dal punto di vista penale. Gli aspetti critici in ordine a tale aspetto saranno considerati oltre, con riferimento alle specifiche normative analizzate.

¹⁷⁴ KUBINK M., *Rechtsextremistische und fremdfeindliche Straftaten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, n. 7, p. 312.

sanzionatorio¹⁷⁵ così come non è possibile empiricamente stabilire se la norma sia espressione e conferma di valori già di per sé radicati e condivisi nella coscienza sociale¹⁷⁶. Infine sotto il profilo della prevenzione speciale si è altresì contestata l'utilità di *hate crimes statute* in base alla constatazione del paradosso per cui spesso la stessa prolungata permanenza negli istituti detentivi degli autori di fatti motivati dall'hate, anziché attenuare o modificare le loro convinzioni, le ha alimentate, talvolta radicando posizioni estremiste¹⁷⁷. Anche tale argomentazione non pare convincente in quanto anch'essa riferibile a qualsivoglia scelta di incriminazione del legislatore: la problematica del radicamento dell'ideologia in corso di esecuzione della pena molto dipende dalle condizioni e modalità esecutive della pena stessa. Molto si può discutere, infatti, sulla opportunità di ricorrere alla

¹⁷⁵ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 130, trovano addirittura "implausibile" che l'effetto deterrente riconnesso al solo aumento sanzionatorio che verrebbe applicato ai reati comuni quando motivati dall'hate possa essere dissuasivo ed indurre persone con pregiudizi ad astenersi a porre in essere condotte di hate crime.

¹⁷⁶ Per gli aspetti salienti della funzione generalpreventiva positiva della pena si veda per tutti PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 22.

¹⁷⁷ FREHSEE D., *Zu den Wechselwirkungen zwischen (Kriminal-) Politik und Gewalttaten Jugendlicher vor Rechtsextremistischen Hintergrund*, in *Kriminologisches Journal*, 1993, p. 274. Il discorso è riferito soprattutto alla criminalità minorile in quanto, come le ricerche hanno concordemente evidenziato, la maggior parte degli hate crime sono qualificabili come *thrill-motivated hate crime* in quanto perpetrati da giovani/adolescenti allo scopo di provare emozioni forti piuttosto che affermare con le azioni una vera e propria ideologia fondata sul pregiudizio.

cosiddetta “giustizia ripartiva”¹⁷⁸ per il trattamento del condannato per hate crime, ma le decisioni relative al *quomodo* dell’esecuzione penale non sono idonee ad influire sulla scelta di politica criminale relative all’*an* dell’incriminazione.

4.3. Le categorie vulnerabili.

L’ultimo e forse più complesso problema relativo alle leggi sugli hate crime in termini di politica criminale è rappresentato dalla individuazione delle vittime degli hate crime. Tale aspetto è di portata centrale nella presente indagine e tutt’altro che incontrovertito in termini di ragionevolezza delle soluzioni adottabili/adottate. Tra le categorie di persone individuate dalle norme penali attualmente vigenti nei Paesi che si sono dotati di tale legislazione, in particolare, le persone LGBT non sempre sono menzionate. Vi sono, infatti, leggi che prevedono elenchi particolarmente ampi e dettagliati di categorie di persone, ed altre che individuano pochissimi gruppi¹⁷⁹. Premesso che la previsione di tutela rafforzata per qualsiasi ipotizzabile gruppo sociale priverebbe di senso una legislazione sugli hate crimes¹⁸⁰, la questione problematica consiste nel comprendere in base a quale criterio stabilire che il pregiudizio nei confronti di un determinato gruppo di persone possa essere più

¹⁷⁸ Su cui si veda l’opera monografica di WALTERS M. A., *Hate Crimes and Restorative Justice*, cit.

¹⁷⁹ HENRY J. S., *Hate crime laws: a critical assessment*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, p. 188.

¹⁸⁰ Per una critica su di una troppo estesa individuazione di caratteristiche personali rilevanti per le fattispecie di hate crime si veda JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 146.

riprovevole di quello diretto verso altri gruppi. Le conseguenze della scelta di un gruppo anziché di un altro nella formulazione di un *hate crime statute* non sono indifferenti soprattutto sotto il profilo dello scopo di tutela della norma penale: il gruppo individuato viene considerato dall'ordinamento come meritevole di particolare protezione, maggiore rispetto ad altri, ed il messaggio trasmesso dal diritto in via indiretta è un messaggio di inclusione e riconoscimento di taluni aspetti dell'identità personale e di disconoscimento di altri¹⁸¹. In linea di principio dovrebbe concordarsi sul fatto che tutti i gruppi sociali siano meritevoli della stessa protezione¹⁸², tuttavia l'adozione di leggi penali sugli hate crime risultano fondate sull'assunto per cui “*all crime is not created equal*”¹⁸³. Le definizioni, infatti, comunemente accettate di hate crime (ed anche di hate speech), quantunque non sovrapponibili fanno leva sul pregiudizio nei confronti di gruppi che “*sono stati tradizionalmente marginalizzati e stigmatizzati dalla nostra società*”¹⁸⁴.

¹⁸¹ In tal senso MASON-BISH H., *Beyond the Silo. Rethinking hate crimes and intersectionality*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, p. 24. Ed ancora JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 133, ove si sottolinea che “*it is the exclusion that gives these laws their symbolic power and meaning*”.

¹⁸² LANG K., *Vorurteils kriminalität, Nomos*, cit., p. 344.

¹⁸³ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 132. Gli Autori, fortemente critici nei confronti dell'utilità ed opportunità degli hate crime statute, parafrasano sarcasticamente in negativo la celeberrima espressione della Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776, secondo cui “*all men are created equal*”.

¹⁸⁴ PERRY B., *In the name of hate: Understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001, p. 3.

L'accento posto sulla "tradizione" di marginalizzazione e stigmatizzazione suggerisce la necessità di individuare i gruppi oggetto di pregiudizio tra quelli che storicamente hanno subito gli effetti di un processo di strutturazione di gerarchica in un determinato contesto sociale¹⁸⁵. Se ne deduce, pertanto, che non in ogni Paese che si voglia dotare di una legge sugli hate crime i gruppi di potenziale interesse normativo siano gli stessi, essendo più o meno peculiari e differenziate le vicende storiche dei singoli Paesi. Vi sono gruppi presenti in pressoché ogni legislazione sugli hate crime, in particolare quelli contraddistinti dalla razza, etnia, religione e nazionalità. Come risulta evidente, sono gli stessi fatti propri dalla "Convenzione di Roma sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio" del 1948, scelta che già in sede di discussione per l'adozione del predetto strumento internazionale è stata oggetto di acceso dibattito. A livello internazionale, infatti, l'inclusione di altre categorie, avrebbe verosimilmente condotto a ritenere taluni degli Stati firmatari responsabili anch'essi di crimini di genocidio¹⁸⁶. Si è quindi parlato di vulnerabilità delle vittime come criterio per decretare l'inclusione di talune

¹⁸⁵ PERRY B., *In the name of hate: Understanding hate crimes*, cit., p. 46.

¹⁸⁶ Si veda PYTELL T., *Weighing Genocide*, in PERRY B., cit., p. 208, che porta l'esempio dei gruppi contraddistinti da posizioni politiche o da appartenenza a classi sociali che avrebbe portato a ritenere la Russia di Stalin teatro del genocidio dei kulaks. Peraltro lo stesso Statuto della Corte Penale Internazionale approvato, a distanza di 50 anni, ha pedissequamente recepito la norma della Convenzione senza modificare in alcun modo il catalogo dei gruppi di potenziali vittime di genocidio.

categorie nelle norme sugli hate crime¹⁸⁷. A riguardo si è sottolineata l'ambiguità del concetto di vulnerabilità, la quale potrebbe essere intesa come vulnerabilità in astratto di qualsivoglia persona ascrivibile al gruppo ovvero in concreto di qualsivoglia vittima rispetto al tipo di pregiudizio¹⁸⁸. Criticata è l'opzione della vulnerabilità della vittima in quanto, si sostiene, che *“tutti i reati in cui si abusa della debolezza della vittima devono essere trattati allo stesso modo”*¹⁸⁹, e che già sotto il profilo della commisurazione della pena è sempre possibile far rientrare tale aspetto. La scelta per la vulnerabilità in astratto risulta, invece, l'opzione corrispondente all'originario *trend* delle legislazioni sugli hate crime, in particolare il riferimento era a *“identità di gruppo o ‘differenze’ dalla maggioranza che rendeva loro [i membri di tali gruppi, ndr.] vulnerabili a violenze o intimidazioni legate al pregiudizio”*¹⁹⁰. L'essere minoranza è un altro aspetto che viene spesso messo in rilievo, non solo sotto il profilo meramente quantitativo ma altresì qualitativo in termini di capacità e potere di affermazione a livello sociale. L'importanza di questa caratteristica viene sottolineata da chi critica le formulazioni legislative che prendono in considerazione non già caratteristiche identitarie specifiche ma generiche, realizzando il paradosso per cui viene altresì rafforzata la

¹⁸⁷ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, cit., p. 25.

¹⁸⁸ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, cit., *ibidem*.

¹⁸⁹ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, cit., *ibidem*.

¹⁹⁰ MASON G., *Legislating against hate*, cit., p. 63.

tutela della maggioranza, determinando un'anomala e distorta affermazione del principio di uguaglianza¹⁹¹. Altro criterio che viene da taluni ritenuto necessario per orientare la soluzione alla questione che ci occupa è la preesistenza storica, nel contesto sociale di riferimento, di una "ideologia della disuguaglianza" che abbia marchiato di inferiorità determinati gruppi di vittime¹⁹². L'esempio che l'Autore adduce si riferisce al caso emblematico della ideologia del nazionalsocialismo tedesco che, in virtù della purezza della razza, aveva individuato una serie di categorie di vittime – Ebrei, omosessuali, senzatetto, oppositori politici, ecc. – come "Volksfeinde"¹⁹³. L'elemento della vulnerabilità in astratto unitamente all'elemento della preesistenza di una ideologia stigmatizzante conducono alla condivisione di quanto suggerito dalle organizzazioni non governative e dalle agenzie indipendenti che affrontano la tematica, e cioè di considerare la vulnerabilità ad aggressioni motivate dal pregiudizio fondate su di una lunga storia di oppressione e marginalizzazione¹⁹⁴. È tuttavia evidente che il *focus* dell'analisi concentrato sull'aspetto storico, lungi dall'eliminare incertezze sul problema, si limita a spostare la questione da un'analisi sociologica ad un'analisi storica lasciando aperto il dibattito su quali gruppi abbiano una

¹⁹¹ In tal senso MASON G., *Legislating against hate*, cit., *ibidem*, che adduce l'esempio dell'individuazione "race" come categoria di caratteristiche suscettibili di giustificare una tutela rafforzata anziché "blackness", cosa che condurrebbe e di fatto altresì conduce a ricomprendere le persone di carnagione anche chiara – nei Paesi occidentali di norma ricomprese nella maggioranza – tra quelle protette dalle norme sugli hate crime.

¹⁹² LANG K., *Vorurteils kriminalität, Nomos*, cit., p. 348.

¹⁹³ LANG K., *Vorurteils kriminalität, Nomos*, cit., p. 349.

¹⁹⁴ MASON G., *Legislating against hate*, cit., p. 64.

storia di oppressione e marginalizzazione tanto rilevante da determinare la necessità/opportunità di maggiore protezione: la scelta politica che ne segue, quantunque ispirata a criteri di analisi di tal genere miranti ad eliminare faziosità lobbistiche nella formulazione delle fattispecie, non sarà mai privata di un margine di discrezionalità idoneo a suscitare il malcontento di altre categorie escluse. Ed è proprio il problema dell'emergere del malcontento delle categorie escluse che suggerisce una riflessione su di un aspetto non trascurabile, la consapevolezza da parte del gruppo vittimizzato della propria identità di gruppo che si concretizza, di norma, nell'azione politica e sociale di organizzazioni ed associazioni esponenziali degli interessi e delle pretese di tutela dei singoli¹⁹⁵. Come dai critici delle leggi sugli hate crime viene messo in evidenza, il meccanismo di adozione di tale legislazione e, in particolare, il meccanismo di ampliamento del catalogo delle potenziali vittime opera secondo la dialettica lobbisti/potere politico in cui l'aspetto della richiesta di "lanciare un messaggio" tramite la legge penale è ricorrente¹⁹⁶. Se da un lato tale lettura disincantata del processo di formazione della decisione politica pare verosimile, dall'altro, in una prospettiva di politica criminale ancorata ai diritti umani ed al principio di uguaglianza il collegamento della recezione dell'istanza di protezione identitaria con la forza ed influenza del lobbismo non può che lasciare delusi. Ma la dimensione identitaria conduce ad un'ultima considerazione ausiliare nella ricostruzione di un criterio selettivo delle vittime, e cioè l'"identità" della vittima come elemento da tenere in

¹⁹⁵ MASON G., *Legislating against hate*, cit., ibidem.

¹⁹⁶ JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, cit., p. 67.

considerazione in termini di protezione. Si tratta di un tema particolarmente complesso a partire dalla sua definizione che non può essere considerata univoca essendo un fenomeno riguardabile da prospettive diverse, in particolare dalla prospettiva sociologica e psicodinamica¹⁹⁷. L'identità personale rappresenta il risultato di un processo dinamico di costruzione derivante dall'interazione di una pluralità di fattori interni (corpo, psiche) ed esterni (comportamenti ed interazioni nel mondo esterno) nel corso del tempo e, quindi, soggetta a continui cambiamenti¹⁹⁸. Al concetto di identità personale sono ascrivibili anche tutte le caratteristiche in base alle quali le leggi sugli hate crime sono solite identificare i gruppi di potenziali vittime. Alcune di tali caratteristiche riguardano l'aspetto fisico (razza, sesso, disabilità, ecc.), altre l'aspetto psichico e/o relazionale (religione, nazionalità, ecc.). Tuttavia l'identità, presentandosi come un contenitore estremamente ricco di fattori caratterizzanti la persona, pur fornendo un utile contributo interpretativo al problema, non risulta idoneo a contribuire nella selezione di aspetti della persona da tutelare penalmente, non essendo possibile aprioristicamente stabilire quali fattori siano maggiormente importanti nell'identità di una generica persona. Si è osservato come talvolta si siano avuti casi di vittimizzazione legata al pregiudizio in ragione del modo di vestire, come nel caso dell'uccisione di Sophie Lancaster nel 2007 nel Regno Unito, avvenuta per il suo modo di vestire e di presentarsi esteriormente

¹⁹⁷ PLUMER K., voce “*identità*”, in JEDLOWSKI P. (a cura di), *Dizionario delle scienze sociali*, Il Saggiatore, Milano, 1997, p. 327.

¹⁹⁸ VIVIANI A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 3-4.

come “*goth*”¹⁹⁹. Nella stessa persona, inoltre, possono coesistere una pluralità di fattori identitari potenzialmente bersagli di stigmatizzazione che possono rendere difficile l’identificazione in concreto dello specifico motivo/pregiudizio a fondamento del reato²⁰⁰. Può dirsi, in conclusione, che non uno ma una pluralità di fattori congiuntamente potrebbero considerarsi utili a risolvere il problema della selezione delle vittime tutelabili per mezzo degli *hate crime statute*. Partendo dall’idea che si tratti di identità personale ad essere oggetto di attenzione, la maggior tutela di determinati gruppi di persone accumulate da particolari caratteristiche identitarie potrebbe utilmente ed opportunamente giustificarsi tenendo conto degli ulteriori fattori considerati e cioè: l’essere una minoranza, l’avere scarse o insignificanti possibilità di affermazione delle proprie pretese sociali (e conseguentemente anche giuridiche) nel contesto in cui sono collocate, l’avere alle spalle una lunga storia di oppressione e marginalizzazione ed infine che tale storia

¹⁹⁹ MASON-BISH H., *Beyond the Silo. Rethinking hate crimes and intersectionality*, cit., p. 26.

²⁰⁰ In tal senso ancora MASON-BISH H., *Beyond the Silo. Rethinking hate crimes and intersectionality*, cit., p. 24, che porta l’esempio dell’aggressione subita da una persona di sesso femminile, omosessuale e disabile, che manifestava la propria frustrazione nel vedersi riconosciuta dalla giustizia l’individuazione di uno solo dei aspetti di stigmatizzazione per cui era stata – o comunque si era percepita – scelta come vittima. Di qui la proposta dell’Autore di abbandonare un approccio della vittimizzazione negli hate crime in termini di sistema a compartimenti stagni (“*Silo approach*”) per iniziare a pensare ad un approccio in termini di intersezionalità (“*Intersectional approach*”).

sia confluita in una ideologia che abbia anche avuto per il passato un peso politico²⁰¹.

4.3.1. La categoria delle persone LGBT.

Gli aspetti dell'identità sessuale della persona non solo sono spesso assenti nelle varie legislazioni penali sugli hate crime ma sono quasi sempre oggetto di opposizione e contestazione da una parte della società e della politica ostile all'accettazione della diversità sessuale. Si è sopra osservato come nella nozione di genocidio elaborata dalla Convenzione di Roma dalla prevenzione e repressione del crimine di genocidio le sole categorie considerate sono la razza, l'etnia, la nazionalità e la religione. Ed a tacer di altre pur rilevanti categorie, per quel che qui rileva, risulta evidente l'assenza della categoria delle persone LGBT. Invero non pare neanche arduo individuare la motivazione di tale omissione nella deplorevole considerazione di cui queste ultime godevano nel contesto sociale del tempo, considerato che sia gli Stati Uniti che moltissimi Paesi europei erano dotati di leggi penali che incriminavano gli atti omosessuali tra adulti consenzienti²⁰². Il

²⁰¹ In tal senso anche LANG K., *Vorurteilskriminalität, Nomos*, cit., p. 344.

²⁰² Si pensi in particolare alla Germania ove il § 175 StGB è rimasto in vigore fino al 1969 nella stessa formulazione risultata dalla modifica rigoristica nel regime nazista risalente al 1935, ed è stato definitivamente abrogato solo nel 1994. Nel Regno Unito la norma penale relativa agli atti omosessuali tra adulti consenzienti è stata eliminata nel 1981 per l'intervento della Corte EDU che con la sentenza del 21 ottobre 1981 nel caso *Dudgeon c. Gran Bretagna* (in *Foro Italiano*, 1982, IV, p. 177) ne ha dichiarato l'illegittimità per contrarietà all'art. 8 CEDU. Analogamente negli Stati Uniti solo nel 2003 è stata eliminata ogni residua norma incriminatrice in tema di omosessualità per l'intervento della Corte Suprema che con

riconoscimento storico del *background* di stigmatizzazione sulla base dell'identità sessuale ha visto un percorso di autocoscienza sociale piuttosto lungo, le cui tappe fondamentali sono rappresentate dalla depatologizzazione dell'omosessualità ricompresa fino al 1973 tra i disturbi psichici del DSM²⁰³, dalla depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti²⁰⁴ e dall'accesso delle persone LGBT al pari godimento dei diritti civili. Proprio questo percorso storico di oppressione e di stigmatizzazione delle persone LGBT ci consente di considerare sussistente uno dei fondamentali criteri selettivi di categorie di identità tutelabili. La diversità sotto il profilo sessuale è stata oggetto di millenaria stigmatizzazione che nel mondo occidentale viene ricondotta alla tradizione giudaico-cristiana²⁰⁵. La storia della persecuzione delle persone LGBT ha visto essenzialmente il progressivo succedersi di tre fasi: stigmatizzazione religiosa (peccato), stigmatizzazione giuridica (crimine) e stigmatizzazione psichiatrica (patologia). Non è questa la sede per ripercorrere le tappe

la sentenza del 26 giugno 2003, nel caso *Lawrence vs. Texas* (in *Foro Italiano*, 2004, IV, pp. 42 e ss., con nota di PASSAGLIA P., *Il Grande fratello non abita più qui: la Corte Suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*) ha dichiarato la contrarietà di tale incriminazione rispetto al diritto all'autodeterminazione.

²⁰³ Si veda, sul punto, RICCARDI G., *Omofovia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, pp. 5-6, nonché LINGIARDI V., *Citizen Gay*, cit., pp. 179-180.

²⁰⁴ Si veda diffusamente WINKLER M. M.-STRAZIO G., *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011, pp. 39 e ss., nonché pp. 57 e ss.

²⁰⁵ BORRILLO D., *Omofovia. Storia e critica di un pregiudizio*, cit., pag. 39 ss.

storiche in questione²⁰⁶ ma per ricollegare il discorso storico al criterio selettivo della incorporazione del pregiudizio omofobico in una ideologia, l'avversione verso le persone LGBT è confluita nel caleidoscopio dei nemici della Germania nazionalsocialista e dell'Italia fascista: nazismo e fascismo sono le ideologie di riferimento, radicate nel popolo mediante indottrinamento capillare determinando stigmatizzazione, persecuzione e sterminio²⁰⁷. Le persone LGBT, poi, sono una "minoranza" in senso sia quantitativo che qualitativo: la popolazione LGBT rappresenta sempre una percentuale piuttosto bassa della popolazione²⁰⁸ e, ferma restando la presenza di un associazionismo sempre crescente, non si tratta di un gruppo dotato di autonoma forza di far valere i propri interessi a prescindere dalla mediazione della politica e delle istituzioni sociali essendo i propri membri riconducibili alle più disparate situazioni economiche e condizioni sociali. Quanto al requisito della vulnerabilità la

²⁰⁶ Per un'ampia panoramica delle vicissitudini che hanno riguardato le persone LGBT si veda PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, Odoya, Bologna, 2011, nonché DALL'ORTO G., *Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

²⁰⁷ In particolare sullo sterminio degli omosessuali nei campi di concentramento si rimanda alla documentazione fornita dalla pagina web www.rosa-winkel.de ed alla bibliografia ivi indicata.

²⁰⁸ Per l'Italia secondo i dati raccolti dall'ISTAT e pubblicati nel report del 17 maggio 2012 (reperibile sul sito istituzionale dell'ente) il 2,4 % della popolazione residente si dichiara omosessuale, lo 0,1 % transessuale, il 77 % eterosessuale ed il 15,6 % non risponde al quesito relativo all'orientamento sessuale. Nonostante – come precisa l'ISTAT – tale dato non possa dirsi rappresentativo della situazione reale a causa del 15,6 % di persone che non si esprimono, pare evidente che si tratti di un quantitativa di gran lunga inferiore alla maggioranza della popolazione.

tendenza è di misurarlo con asserita oggettività sulla base dei dati sulle aggressioni di stampo omofobico e transfobico nonché sulla base delle opinioni della popolazione sulle persone LGBT e la loro aspirazioni alle pari opportunità²⁰⁹. I dati a disposizione, tuttavia, non consentono una univoca lettura del fenomeno e si rileva una eccessiva tendenza a strumentalizzare i dati. Gli stessi dati, infatti, vengono da taluni riguardati come un fenomeno allarmante, la punta di un *iceberg* di una realtà di dimensioni ben più preoccupanti, da altri come fatti isolati ed assolutamente irrisori rispetto all'incidenza sulla popolazione complessivamente considerata²¹⁰. Che i dati non possano essere ipostatizzati per trarre delle conclusioni assertive in un senso o nell'altro pare tutt'altro che controvertibile. Premesso che, con particolare riferimento alla situazione italiana, la raccolta dei dati è effettuata sulla base di

²⁰⁹ Si veda, ad esempio, DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in RIDPP, 2011, p. 24, nonché ID., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 11/2011, p. 1394, ove si afferma che “(...) è del tutto ragionevole (...) una tutela rafforzata di di soggetti [LGBT, ndr.] che l'esperienza italiana di oggi segnala come particolarmente vulnerabili, in quanto vittime di sistematiche aggressioni motivate da mera ostilità al loro orientamento sessuale”.

²¹⁰ Ad esempio AMATO G., *Omofobia o eterofobia? Perché opporsi ad una legge ingiusta e liberticida*, Fede & Cultura, Verona, 2014, p. 17, ove a proposito di un documento dell'OSCAD (Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori) si afferma che “il documento certifica 83 segnalazioni (una media di 28 all'anno), relative complessivamente ad asserite offese aggressioni, lesioni, istigazioni alla violenza, danneggiamenti, casi di suicidio e minacce relativi all'orientamento sessuale. Si tratta di un caso all'anno in media ogni 2 milioni di italiani. Difficile davanti a questi dati parlare di emergenza nazionale”.

segnalazioni spontanee, da un lato niente assicura che le aggressioni ai danni di persone LGBT riportate siano effettivamente altresì motivate da pregiudizio omofobico, con conseguente tendenza alla sovrastima del fenomeno; dall'altro occorre considerare la cifra oscura di tutti gli episodi effettivamente verificatisi ma mai riportati, considerata altresì la tendenza della popolazione LGBT a non denunciare o comunque a non riportare spontaneamente episodi di discriminazione e violenza subiti per non manifestare la propria identità sessuale oppure perché spesso non percepiscono la vittimizzazione sulla base della propria identità sessuale²¹¹. Tali considerazioni rivelano una tendenza alla sottostima dei dati. Ferma restando l'opportunità di non escludere completamente il dato degli episodi di discriminazione e violenza omofoba riportati – anche negli Stati dove i dati sono raccolti dalle NGO e non da istituzioni pubbliche – più indicativi sono i dati sulla percezione della popolazione relativa alle persone LGBT, da interpretarsi sempre con massima cautela e criticità per evitare distorsioni e strumentalizzazioni²¹². Oltre alla rispondenza

²¹¹ In tal senso MORAN J. L., *LGBT hate crime*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.- GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 269-270, ove per questo motivo le vittime LGBT vengono definite “*bad victims*”.

²¹² Si veda ancora AMATO G., *Omofobia o eterofobia? Perché opporsi ad una legge ingiusta e liberticida*, cit., p. 16 ove a proposito del report dell'ISTAT del 17 maggio 2012, in riferimento al dato per cui “il 60% della popolazione italiana ritiene accettabile una relazione tra due uomini o tra due donne” ritiene non potersi parlare di omofobia in Italia, così come rispetto all'affermazione dell'UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale) secondo cui “le indagini sociologiche degli ultimi anni mostrano una tendenziale

ai parametri precedentemente individuati per le categorie considerabili dalle leggi sugli hate crime, la categoria delle persone LGBT è già considerata dalle fonti sovranazionali come categoria espressamente nominata tra quelle meritevoli di tutela rafforzata dalle discriminazioni²¹³. Peraltro la giurisprudenza della Corte EDU ha recentemente affermato la pari gravità della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale rispetto alla discriminazione fondata su “*razza, origine o colore*”, per le quali caratteristiche vi è pressoché unanime accordo circa la necessità di una tutela rafforzata²¹⁴. Per tutte le considerazioni fin qui proposte pare non potersi escludere la ragionevolezza della scelta di introdurre l'identità sessuale – almeno delle forme dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere – quali aspetti dell'identità personale a giustificazione della maggior tutela accordata della leggi penali sugli hate crime ed hate speech.

accettazione, sempre maggiore, tra i giovani dei comportamenti omosessuali” l'Autore commenta conciso “*quindi, anche in questo caso, niente omofobia*”. E' evidente che i dati riferiscono di un 40% a livello nazionale che, invece, consta di persone che non ritengono accettabile una relazione omosessuale, e non si considera il dato delle singole aree geografiche che vede una diversa distribuzione degli intolleranti tra il Nord ed il Sud della Penisola.

²¹³ Cfr. *supra*, § 1.

²¹⁴ Corte EDU, sez. V, sent. 9 febbraio 2012 – Vejdeland ed altri c. Svezia (ric. n. 1013/2007), in RIDPP, 2013, pp. 405 e ss., con nota di GOISIS L., *Libertà di espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*. In particolare al punto 55 della sentenza la Corte afferma che “*(...) in this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on «race, origin or colour» (...)*”.

5. Riepilogo.

L'analisi fin qui condotta ha esaminato il concetto di omofobia partendo dal dato terminologico per poi interpretarlo alla luce degli strumenti delle scienze sociali, inquadrandolo come *species* del *genus* “pregiudizio”, elemento cognitivo degli atteggiamenti dei membri di gruppi nella dinamica dell'interazione intergruppo, oggetto di studio della psicologia sociale. Il particolare pregiudizio omofobico è stato, poi, contestualizzato nella più specifica tematica criminologica della criminalità motivata dal pregiudizio di elaborazione statunitense, individuata dall'espressione “hate crime” cui si affianca e, per certi versi, si sovrappone, la tematica della manifestazione del pensiero intriso di pregiudizio, denominato “hate speech”. L'ulteriore passaggio, di natura politico criminale, ha riguardato la valutazione dell'idoneità del fenomeno dell'hate – nelle forme dell'hate speech e dell'hate crime – ad essere considerato dal diritto penale e tradotto in norme incriminatrici, passando per il vaglio delle ragioni che giustificano una tutela rafforzata contro atti discriminatori. In conclusione, si è tentato di comprendere se specificamente l'hate di matrice omofobica possa essere considerato dalla normativa penale, previa soluzione del problema della selezione delle categorie di aspetti identitari valutabili come bisognose di tutela rafforzata. A partire da tale complessiva analisi di base si procede ad esaminare come l'hate di matrice omofobica sia considerato dalla legislazione penale tedesca ed italiana.

KAPITEL 2

Homophobie im deutschen Strafrecht

1. Einführung – 2. Historische Aspekte der Vorurteils kriminalität in Deutschland – 2.1 Antidiskriminierungsgebot und Staatsschutz – 2.2. Staatsschutz und hate crime – 2.2.1. Entwicklung des Systems der Datenerfassung – 2.2.2. Politisch motivierte Kriminalität (PMK) – 2.3. Staatsschutz und Bekämpfung der Homophobie – 3. Strafrechtliche Relevanz der Homophobie – 3.1 Volksverhetzung (§ 130 StGB) – 3.1.1. Das Rechtsgut des § 130 StGB – 3.1.2 Die geschützten Opfergruppen – 3.1.3. Die Tathandlung des § 130, Abs. 1, StGB – 3.1.4. Die Begehungsweise: das Verhältnis zum §. 130, Abs. 2, StGB – 3.1.5. Der subjektive Tatbestand – 3.1.6. Homophobische hetzende Sachverhalte in der Rechtsprechung – 3.2. Vorurteil als niedriger Beweggrund von Mord (§ 211 StGB) – 3.2.1. Die Tötungsdelikte – 3.2.2. Die Mordmerkmale und „niedrige Beweggründe“ – 3.2.3. Subjektiver Tatbestand – 3.3. Beweggründe, Ziele und Strafzumessung (§ 46 StGB) – 3.3.1. Kriminalpolitische Bedeutung des § 46 StGB – 3.3.2. Vorgang der Strafzumessung – 3.3.3. Strafzumessungstatsachen – 3.3.3. Beweggründe und Ziele des Täters – 3.3.3.2. Die Reform vom § 46, Abs. 2 StGB – 3.3.3.3. Kritik an der Änderung des § 46 StGB – 3.3.3.4. Gesamtwürdigung der neuen Fassung des § 46 StGB – 4. Zusammenfassung.

1. Einführung.

Der homophobische Hintergrund einer Straftat taucht in den deutschen Strafvorschriften nicht explizit auf. Nichtsdestotrotz sind einige Strafvorschriften einschlägig, die eine Subsumtion der Homophobie als strafrechtlich relevantes Merkmal ermöglichen. Das Verhältnis zwischen homophobischem Vorurteil und Strafrecht in Deutschland bezieht nämlich das im Vordergrund liegende Problem der Einordnung der amerikanischen kriminologischen Kategorien „hate crime“ und „hate speech“ in dem deutschen Strafrechtssystem mit ein²¹⁵. Die folgende Untersuchung betrachtet zuerst den historischen Aspekt der Übernahme von „hate“ in der deutschen

²¹⁵ Für einen ziemlich ausführlichen Katalog der deutschen „Hate crime“-Vorschriften verweist man an AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 183 ff.

kriminalpolitischen Diskussion und seine Folgen in Gesetzgebung sowie bei der Gesetzesauslegung besonderer Straftatbestände, um sich nachher mit der strafrechtlichen Relevanz der Homophobie auseinanderzusetzen.

2. Historische Aspekte der Vorurteils kriminalität in Deutschland

In Deutschland ist das Thema Vorurteils kriminalität – als Begriff und nicht als Bezeichnung – mit dem Nationalsozialismus verbunden. Wie bereits erwähnt²¹⁶, hat die NS-Ideologie die Grundlage dargestellt, die das Aussondern von vielen Menschengruppen und deren Erklärung und Verfolgung als Volksfeinde gerechtfertigt hat²¹⁷. Die Begründung der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg hat eine ganz neue Rechtsordnung aufgebaut, die die vorher geltende NS-Rechtsordnung widersprechen sollte und die sich aus dem Grundgesetz des 23. Mai 1949 ergibt²¹⁸. Als Grundprinzip wird deshalb die Würde der Menschen gesetzt (Art. 1 GG)²¹⁹ und als Bezeichnung der Staatsform ist die Bundesrepublik Deutschland ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ erklärt (Art. 20 GG). Die genannte Grundprinzipien sind nicht nur ausgedrückt aber auch

²¹⁶ S.o., Kap. 1, § 4.3.

²¹⁷ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 137-139.

²¹⁸ In diesem Sinne vgl. BADURA P., *Staatsrecht*, Beck, München, 2010, S. 93.

²¹⁹ Vgl. ENDERS C., *Das Bekenntnis zur Menschenwürde in Bonner Grundgesetz – ein Hemmnis auf dem Weg der Europäisierung?*, In FERONI G. C.-PALERMO F.-PARODI G.-RIDOLA P., *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro/60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Giappichelli, Torino, 2012, S. 123.

durch rechtliche Mechanismen gesichert, die der effektiven Gewährleistung der Grundrechte sowie des Grundsatzes des sozialen und demokratischer Bundesstaat dienen: zuerst durch die Einrichtung eines Verfassungsorgans – nämlich das Bundesverfassungsgericht – das die Verfassungsmäßigkeit der Ausübung der Staatsgewalt überwacht²²⁰ und darüber hinaus, u.a. die wichtigen Vorschriften des Grundgesetzes in Art. 9 Abs. 2 (Verbot der Vereinigungen, *„die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken des Völkerverständigung richten“*), 18 (*„Verwirkung von Grundrechte“* wegen Missbrauchs der selben Grundrechte *„zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“*), 21 Abs. 2 (Verfassungswidrigkeit von Parteien, die darauf ausgehen *„die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand des Bundesrepublik Deutschland zu gefährden“*), und 79 Abs. 3 (sog. *„Ewigkeitsklausel“*). Die genannten Artikel sind Ausdruck der *„streitenden“* bzw. *„wehrhaften Demokratie“* und zwar *„des bewussten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung, Niederschlag der Erfahrung eines Verfassungsgebers, der in einer bestimmten historischen Situation das Prinzip der Neutralität des Staates gegenüber den politischen Parteien nicht mehr rein verwirklichen zu dürfen glaubte (...)“*²²¹.

²²⁰ STARCK C., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechte: Verhältnismäßigkeit, Hierarchie, Abwägung*, in FERONI G. C.-PALERMO F.-PARODI G.-RIDOLA P., *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro/60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 86.

²²¹ BVerfGE 5, 85, 139. Die Entscheidung bezieht sich auf das Parteiverbot aber der vom BVerfG ausgedrückte Grundsatz ist auch

Diese verfassungsrechtliche Grundlage wird daher durch „Staatsschutz“ bzw. durch „Staatsschutzstrafrecht“²²² umgesetzt.

2.1 Antidiskriminierungsgebot und Staatsschutz

Verfassungsmäßige Ordnung und friedliche demokratische Grundordnung wirken aus der Perspektive des Gesetzgebers als Maßstäbe der streitenden Demokratie. Die Bedeutung dieser Begriffe – deren Umfang nicht eindeutig zu bezeichnen ist²²³ – kann in seinem Mindestgehalt klar verstanden werden. Verfassungsmäßige Ordnung wird grundsätzlich als Oberbegriff gemeint, die den Begriff „freiheitliche demokratische Grundordnung“ enthält²²⁴. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts ist die freiheitliche demokratische Grundordnung eine Ordnung *„die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage*

als Grundgedanke der anderen bereits erwähnten Artikel, Vgl. STREINZ R., Art. 21 Abs. 2, in: v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Auflage, Band 2, Rn. 212, S. 331.

²²² Vgl. LAUFHÜTTE H. W., *Vor § 80*, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 4, 11. Auflage, Rn. 20 ff., S. 10-11.

²²³ An dieser Stelle wird von den verschiedenen Meinungsstreitigkeiten über die verschiedenen Auslegungen der erwähnten Merkmale abgesehen, wie z.B. über die Gleichstellung von „Verfassungsmäßige Ordnung“ und „freiheitliche demokratische Grundordnung“, sowie das differenzierte Verständnis des Begriffs der „Verfassungsmäßige Ordnung“ beim Art. 2, Abs. 1, und Art. 9, Abs. 2 GG. Vgl. SCHOLZ, Art. 9, in: MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, Band 1, SS. 116 ff., Rn. 126 ff.

²²⁴ Vgl. HÖFLING, Art. 9, in: SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, S. 474, Rn. 44-46.

der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheiten und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“²²⁵. Was für die vorliegende Betrachtung besonders angeht, ist der Einschluss der Achtung der Menschenrechte im Begriff „freiheitliche demokratische Grundordnung“: daher kann man die Folgerung ableiten, dass Schutz der Menschenrechte und Staatsschutz eng zusammengebunden sind. Unter den vom Art. 1 Abs. 2 GG genannte Menschenrechte zählt das Grundrecht auf „Gleichheit vor dem Gesetz“ gemäß Art. 3 GG, wobei einige identitätsprägende Merkmale für unbeachtlich erklärt werden, um den Bevorzugung oder die Benachteiligung von einzelnen zu rechtfertigen²²⁶.

2.2 Staatschutz und hate crime

Am Anfang der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland in der Nachkriegszeit kann noch nicht von „hate crime/hate speech“ in der Gesetzgebung die Rede sein, wie heute verstanden sind. Zuerst aus zeitliche

²²⁵ BVerfGE 2, 1, 38.

²²⁶ Zur Verbindung zwischen Menschenwürde und Gleichheitsgrundsatz s. DÜRIG G., Art. 3, Abs. 1, in: MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, Band 1, S. 10, Rn. 3.

Gründe, da der Begriff „hate crime“ in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts bearbeitet wurde²²⁷; außerdem, weil dieser Begriff in einem ganz unterschiedlichen Zusammenhang in Vergleich zu dem Deutschen zustande gekommen ist²²⁸. Nichtsdestotrotz kommt die Staatsschutzgesetzgebung indirekt für diejenige Verhalten in Betracht, die Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz bzw. das Antidiskriminierungsgebot darstellen. Der Nationalsozialistische Vergangenheit Deutschlands spielt in diesem Zusammenhang eine große Rolle, da Diskriminierung und Benachteiligung von Minderheiten streng mit der NS-Ideologie gebunden sind und deshalb wird die Bekämpfung von Vorurteils kriminalität als Bekämpfung von gegen den (freiheitlichen demokratischen) Staat gerichteter Kriminalität eingestuft²²⁹. Die Aufgabe des Staatsschutzes wurde besonderen Einrichtungen übergeben, die zur Entdeckung, Bekämpfung und Überwachung von Straftaten gegen den Staat und seine Ordnung gerichtet sind: es handelt sich insbesondere um den Bundeskriminalamt (BKA) und um

²²⁷ Zu Ursprung, Entwicklung und Bedeutung des Begriffs „hate crime“ s.o., Kapitel 1, § 3.2.1. Zum selben Thema, für die deutsche Literatur Vgl. KRUPNA K., *Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland*, Lang, Frankfurt am Main, 2010, SS. 9 ff.

²²⁸ Der Bezug ist hier auf die Geschichte der Diskriminierung aufgrund der Hautfarbe in den Vereinigten Staaten, die seine Wurzel in die Geschichte der Sklaverei hat. Vgl. LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 60-61.

²²⁹ GLET A., *The German Hate Crime Concept*, in: *Internet Journal of Criminology*, 2009, (in Internet abrufbar unter http://www.internetjournalofcriminology.com/Glet_German_Hate_Crime_Concept_Nov_09.pdf, S. 3; AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 17.

den Bundesamt für Verfassungsschutz (BfS)²³⁰. Die Befugnisse der Staatsschutzeinrichtungen betrafen ausschließlich den Umgang mit der auf die Gefährdung des Staatsaufbaus gerichteter Kriminalität, die als „Rechtsextremismus“ zu verstehen war²³¹. Allerdings hätte eine Strafverfolgung menschenfeindlicher Verhalten – in Sinne des modernen Begriff „hate crime“ – nur aufgrund von Straftatbeständen erfolgen können, die von systemablehnenden Organisationen (Parteien, Vereinigungen) und einzelnen Personen verwirklicht sein konnten. Die meisten, die in Betracht kommen konnten, sind aber die s.g. „echte“ Staatsschutzdelikte – wie z.B. die §§ 84, 85, 86, und 86a StGB – die als strafrechtliche Gewährleistung der streitenden Demokratie – insbesondere vom Grundgesetz vorgesehenen Parteien- bzw. Vereinigungsverbote – dienen.

2.2.1. Entwicklung der System der Datenerfassung

Zum besseren Verständnis der Entwicklung der Herangehensweise Deutschlands an die Vorurteils kriminalität von der Nachkriegszeit bis heute scheint es unabdingbar eine kurze Zusammenfassung der Vorschritte im Bereich Datenerfassungssystem über Staatsschutzkriminalität darzustellen. Die große Bedeutung der Datenerfassung für den Verfassungsschutz ist nämlich vom Anfang der Geschichte des

²³⁰ Der Bundeskriminalamt wurde mit dem „Gesetzes über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes“ (BKAG) des 8. März 1951 eingerichtet und am 7. Mai 1951 gegründet während das Bundesamt für Verfassungsschutz wurde am 7. November 1950 aufgrund des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchG) vom 27. September 1950 gegründet

²³¹ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 56-57.

Bundesrepublik Deutschland hervorgehoben worden, da sie dazu dienen sollte, präventive Verfassungsschutz durch Kenntnis der Lage sowie durch „Aufklärung der Öffentlichkeit“²³² zu verwirklichen. Während auf der Seite der strafrechtlichen Bekämpfung von Vorurteils kriminalität keinen erheblichen Fortschritt gemacht wurde, stellt die polizeiliche Erfassung von Daten über Vorurteils kriminalität die Entwicklungsreihe der Herangehensweise der staatlichen Behörde – insbesondere der BKA und der BfV und darüber hinaus die Verfolgungsbehörde sowie die Gerichte – ans Problem dar. Am Anfang wurden die Daten bezüglich der echten Staatsschutzdelikten im Bereich der Daten über die allgemeine Kriminalität – in der Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) – gesammelt und am Ende der 1960er Jahre in einen eigenständigen Bereich eingeführt – zuerst in die PKS-Staatsschutz (PKM-S) und ab Januar 1961 in den „Kriminalpolizeiliche Meldedienst Staatsschutzdelikte (KPMD-S) –, um die besondere Lage der spezifisch gegen den Staat gerichtete Kriminalität zu überwachen und unter Kontrolle zu haben²³³. Die Strategie der Bekämpfung von Vorurteils kriminalität durch das Staatsschutzstrafrecht war aber unbefriedigend, weil eine vorurteilsmotivierte Straftat nur dann als solche gefasst werden konnte, wenn es sich gleichzeitig auch gegen den Staatsaufbau (nicht nur gegen die Menschenrechte Einzelner) gerichtet wurde²³⁴. Eine steigende Anzahl

²³² Die Aufklärung der Öffentlichkeit über Staatsschutzkriminalität ist heute eine wichtige Aufgabe, die gemäß § 16 BVerfSchG dem Bundesamt für Verfassungsschutz sowie dem Bundesministerium des Innern zusteht.

²³³ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 53.

²³⁴ Zur Kritik des s.g. „Extremismusmodells“ vgl. noch LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 56-57.

vorurteilsmotivierter Straftaten gegen Nichtdeutsche und Juden Anfang der 1990er Jahre gab Anlass für eine Neugestaltung des Systems der Datenerfassung, indem zwischen 1992 und 1993 zwei zusätzliche Datenbereiche eingeführt wurden und zwar „fremdenfeindliche Kriminalität“ und „antisemitische Kriminalität“²³⁵. Dennoch führte die gleichzeitige Datenerfassung durch verschiedene Erfassungssysteme (PKS-S und KPMD-S) und verschiedene Behörden (BKA und BfV) zu einer uneinheitlichen Darstellung der Situation bezüglich vorurteilsmotivierter Straftaten in Deutschland. Daher wurde im Jahr 2001 das Erfassungssystem umgestellt²³⁶, indem die zwei existierenden Systeme durch das Erfassungssystem „politisch motivierte Kriminalität“ (PMK) ersetzt wurde²³⁷. Damit kam es einerseits zu einer Vereinheitlichung des Datenerfassungssystems und andererseits zu einer glaubwürdigeren Darstellung des Bildes der Vorurteils kriminalität bundesweit, da weitere einzeln zu berücksichtigten Straftatenkategorien eingeführt wurden.

²³⁵ Vgl. GLET A., *The German Hate Crime Concept*, a.a.O., S. 3; LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 53, wobei angegeben wird, dass Anlass für die steigende negative Einstellung der Bevölkerung insbesondere gegenüber Fremde die vermehrte Zahl von Asylbewerbern und die öffentliche Diskussion über die Abschaffung des Asylrecht (Art. 16 GG) war.

²³⁶ Mit Beschluss der 167. Innenministerkonferenz am 10. Mai 2001, rückwirkend zum 1. Januar 2001.

²³⁷ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 59. Darüber wird betont, dass die Unfähigkeit des alten Datenerfassungssystems, ein wahrscheinliches Bild der Situation darzustellen, von einem merkwürdigen Unterschied zwischen offiziellen und nicht offiziellen Daten ans Licht gebracht worden sei. Vgl. auch GLET A., *The German Hate Crime Concept*, a.a.O., S. 5.

2.2.2. Politisch motivierte Kriminalität (PMK)

Nach der amtlichen Definition des Bundesministeriums des Innern und für Sport werden als PMK-Straftaten zugeordnet, die

„1. in Würdigung der Umstände der Tat und/oder der Einstellung des Täters Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie:

- den demokratischen Willensbildungsprozess beeinflussen sollen, der Erreichung oder Verhinderung politischer Ziele dienen oder sich gegen die Realisierung politischer Entscheidungen richten,*
- sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung bzw. eines ihrer Wesensmerkmale, den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes richten, oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung von Mitgliedern der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes zum Ziel haben,*
- durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden oder*
- gegen eine Person gerichtet sind, wegen ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes, ihrer Behinderung, ihrer sexuellen Orientierung oder ihres gesellschaftlichen Status und die Tathandlung damit im Kausalzusammenhang steht, bzw. sich in diesem Zusammenhang gegen eine Institution/Sache oder ein Objekt richtet.*

oder

2. Tatbestände der (echten) Staatsschutzdelikte erfüllt sind. Staatsschutzdelikte sind immer als PMK zu erfassen, selbst wenn im Einzelfall eine politische Motivation nicht festgestellt werden kann. Im Einzelnen gelten die folgenden Straftatbestände als Staatsschutzdelikte: §§ 80 bis 83, 84 bis 86a, 87 bis 91, 94 bis 100a, 102 bis 104a, 105 bis 108e, 109 bis 109h, 129a, 129b, 234a oder 241a StGB“²³⁸. Nach dieser Grundlage werden die zu erfassende Straftaten in vier verschiedenen voneinander unabhängigen Ebene eingeordnet: „Deliktsqualität“, „Phänomenbereich“, „Themenfelder“ und „extremistische Qualität“²³⁹. Die Ebene der „Deliktsqualität“ betrifft die für die PMK einschlägige Straftatbestände und wird weiter untergliedert in „Propagandadelikte“, „Politisch motivierte Kriminalität (ohne Propagandadelikte)“, „Politisch motivierte Gewaltkriminalität“, „Terrorismus“. Was für die vorliegende Betrachtung besonders angeht, sind die Straftaten die als Politisch motivierte Kriminalität (in engem Sinne²⁴⁰) bezeichnet worden sind, diejenige die als Grundlage der Verfolgung vorurteilmotivierter Kriminalität (als „hate crime“ gemeint) dienen: nämlich handelt es sich um ein Katalog von allgemeinen Straftaten, die nur dann als PMK eingestuft werden, wenn sie die Einstellung des Täters gegenüber das Opfer bzw. die

²³⁸ Aus der offiziellen Webseite des Bundesministerium des Innern, http://www.bmi.bund.de/DE/Service/Glossar/_functions/glossar.html;jsessionid=15B4011BFF5FC88B5ACA4285637B465B.2_cid295?nn=105094&lv2=5222782 abgerufen am 07.07.2016.

²³⁹ LANG K., *Vorurteilskriminalität*, a.a.O., S. 66; GLET A., *Sozialkonstruktion und strafrechtliche Verfolgung von Hasskriminalität in Deutschland*, a. a. O., S. 85.

²⁴⁰ D.h., mit Ausschluss der Propagandadelikte und der Terrorismusdelikte.

Opfergruppe entsprechen²⁴¹. Unter der Gruppierung „Phänomenbereich“ versteht man die möglichen ideologischen Ursprünge der Einstellung des Täters gegenüber das Opfer. Insbesondere werden die Phänomenbereiche „Links“, „Rechts“, „Ausländer“ und „Sonstige“ ausgesondert²⁴². Mithilfe des Bereichs „Themenfeld“ werden die Daten über PMK bezüglich des „Themas“ (besonderes Vorurteil des Täters/Eigenschaft des Opfers, die als Motiv der Tat gelten) ihrer Geschehens eingeordnet. Allerdings geht es um eine Einordnung die von Behörden ausschließlich zum Dienstgebrauch verwendet und deshalb nicht vollständig bekanntgegeben bzw. veröffentlicht wird²⁴³. Zuletzt bezeichnet die Einstufung einer politisch motivierten Straftat als „extremistisch“ die Richtung derselben Tat gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, die zu verstehen ist, wie sie vom § 4 Abs. 1 c, i.V.m. Abs. 2 BVerfSchG²⁴⁴ beschrieben ist²⁴⁵. Das beschriebene

²⁴¹ Für einen ausführlichen Katalog der betroffenen Straftatbestände mit besonderem Bezug auf die Gewaltkriminalität vgl. LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 67-69.

²⁴² LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 74; BONGARTZ B., *Hassverbrechen und ihre Bedeutung in Gesellschaft und Statistik*, Mönchengladbach, 2010, S. 29.

²⁴³ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 80.

²⁴⁴ In diesem Sinne sind als extremistisch zu bezeichnen Straftaten, die bezwecken „a) das Recht des Volkes, die Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auszuüben und die Volksvertretung in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen, b) die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, c) das Recht auf Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition, d) die Ablösbarkeit der Regierung

Erfassungssystem erweist sich noch als mangelhaft auf der Praxisebene insbesondere für die Schwierigkeit beim Erkennen einer Tat als vorurteilsmotiviertes Delikt und daher sie als PMK-Delikt einzustufen und als solche in die offiziellen Statistiken einzutragen und zu bearbeiten. Es wird deshalb die Notwendigkeit einer besonderen Sensibilisierung der zuständigen Behörden betont, um die Hintergründe der im Betracht kommenden Taten leichter und eindeutig zu erkennen²⁴⁶. Trotz der starken Kritiken bezüglich der Unfähigkeit des Datenerfassungssystem, das Phänomen Hate Crime in seinem vollständigen Umfang zu begreifen²⁴⁷, hat die Reform des Jahres 2001 einen eindeutigen Fortschritt dargestellt, indem sie ermöglicht hat, Straftaten zu berücksichtigen, die wegen der Vorstellung der Einzeltäter – nicht nur einer schon existierenden Gruppe mit eigene politischen Auffassungen – begangen werden. Unter den auf der Ebene des Themenfelds berücksichtigten Opfergruppen wird auch die Gruppe der Personen vorgesehen, die aufgrund ihrer

und ihre Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung, e) die Unabhängigkeit der Gerichte, f) der Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ zu beseitigen.

²⁴⁵ LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., S. 88.

²⁴⁶ Besonders kritische über die Schwierigkeit der Polizei beim Anerkennen eine vorurteilsmotivierte Tat ist LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 103-104, wobei vorgeschlagen wird, „dass die Staatsschutzabteilung Mitarbeiterzuständigkeiten für einzelne Betroffenenengruppe festlegen und die jeweiligen Beamten entsprechend schulen, deren Sensibilität prüfen und Kontakte zu den Betroffenenengruppe herstellen“. Vgl. auch BONGARTZ B., *Hassverbrechen und ihre Bedeutung in Gesellschaft und Statistik*, a.a.O., S. 34.

²⁴⁷ Dazu noch LANG K., *Vorurteils kriminalität*, a.a.O., SS. 90-91, „Das jetzige System ist nicht in der Lage, Gefahren realitätsnah abzubilden, vielmehr bedient es überholte politische Klischees“.

sexuellen Identität bzw. sexuellen Orientierung vom Täter ausgedeutet sind und daher tritt die Homophobie des Täters als für das Datenerfassungssystem relevantes Motiv für die Datensammlung und insbesondere für diejenige, die die Begehung einer vorurteilsmotivierten Straftat betreffen

2.3. Staatsschutz und Bekämpfung der Homophobie

Wie die oben beschriebenen Herangehensweise des Staates an den Verstoßen gegen den Gleichheitsgrundsatz – d.h. Diskriminierungen – ergeben lässt, ist die Bekämpfung der Homophobie – in Sinne von strafrechtlich relevanten diskriminierenden Verhalten wegen der sexuelle Identität des Opfer – Aufgabe des Staatsschutzes. Die Frage nach dem Schutz vor solche Diskriminierungen und Vorurteilsstraftaten in Deutschland²⁴⁸ in der Nachkriegszeit – und mindestens bis zu den 1990er Jahren – ist in großen Teil negativ zu beantworten. Auf der Ebene des Verfassungsrechtes war das Merkmal „sexuelle Identität“ aus dem Antidiskriminierungsgebot des Art. 3 GG nicht abzuleiten²⁴⁹. Zuerst war der Begriff sexuelle Identität noch nicht von der Psychologie sowie von den

²⁴⁸ Hiermit ist der Bezug auf der Bundesrepublik Deutschland (BRD) als „West-Deutschland“ gemeint, mit Ausschluss einer Betrachtung der unterschiedlichen Rechtsgrundlage der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) über Homosexualität.

²⁴⁹ Die Unmöglichkeit der Ableitung der sexuelle Identität aus den Merkmal „Geschlecht“ des Katalogs des Art. 3, Abs. 3, GG ist sogar in jüngsten Zeiten von einem Teil des Schrifttums vertreten, da eine solche Anerkennung ein Widerspruch zu dem besonderem Rechtsstellung der (differenzierten) Geschlechter innerhalb der Ehe darstelle. Vgl. STARCK C., Art. 3, Abs. 3, in: V. MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Auflage, Band 2, Rn. 384, S. 423.

Sozialwissenschaften erfunden und bearbeitet worden²⁵⁰. Außerdem galt noch bis 1969 auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschlands der § 175 StGB, wie im 1935 vom nationalsozialistischen Gesetzgebers neu gefasst, der „Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechte“ unter Strafe stellte²⁵¹. Die Verfassungsmäßigkeit des früheren § 175 StGB wurde auch vom Bundesverfassungsgericht mit dem Urteil vom 10. Mai 1957 bestätigt²⁵²: nach Auffassung des Gerichts liege keine Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip – der Straftatbestand sei nur gegen Männer nicht auch gegen Frauen anzuwenden – weil es die biologische Unterschiede zwischen Männer und Frauen rechtfertigen²⁵³; es liege auch kein Verstoß gegen das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, weil homosexuelle Handlungen gegen die guten Sitten verstoßen²⁵⁴. Dennoch bedeutete die Streichung der Strafbarkeit von sexuelle Handlungen zwischen volljährigen Männer

²⁵⁰ Über die Entwicklungsgeschichte der „gender studies“ s. oben, Kapitel 1, § 2.1.

²⁵¹ Laut § 175 StGB in der Fassung von 1935 *„Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht missbrauchen lässt, wird mit Gefängnis bestraft“*. Dieser Tatbestand wurde so ausgelegt, dass zu seiner Verwirklichung sogar kein körperlicher Kontakt erforderlich war. Vgl. KRÖGER P., *Entwicklungsstadien der Bestrafung der widernatürlichen Unzucht und kritische Studie zur Berechtigung der §§ 175, 175a, 175b StGB de lege ferenda*, Berlin, 1957, pp. 18-19.

²⁵² BVerfGE 6, 389.

²⁵³ Der biologische rechtfertigende Grund wird vom BVerfGE 6, 389, 426 ff. darin erwiesen, dass *„der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter (gelingt), während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen“*.

²⁵⁴ BVerfGE 6, 389, 434 ff.

gleichen Geschlechts noch keine endgültige Beendigung der strafgesetzlichen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung: durch die Reform der Sexualdelikte²⁵⁵ wurden unterschiedliche Altersgrenzen für die Zulässigkeit sexueller Handlungen zwischen volljährigen und einwilligenden gleichgeschlechtlichen Personen festgestellt, anders als Personen von unterschiedlichen Geschlechtern. Strafbar wurde „*ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht missbrauchen lässt (...)*“. Während für heterosexuelle Handlungen der § 182 StGB galt, wonach Beteiligte über achtzehn Jahren stets straflos waren, wurde damit ein Zwischenalter von achtzehn bis einundzwanzig Jahren festgestellt, das die Strafbarkeit der Beteiligte an homosexuelle Handlungen noch begründen konnte²⁵⁶. Darüber hinaus blieb noch die männliche homosexuelle Prostitution strafbar.²⁵⁷ Die Verfassungsmäßigkeit des

²⁵⁵ Es geht um die Reform der Sexualdelikten, das Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25. Juni 1969, BGBl. I 1969, Nr. 52, SS. 645-682, die am 1. September 1969 in Kraft getreten worden ist.

²⁵⁶ Es ging um eine Möglichkeit, da die neue Fassung des § 175 Abs. 3 StGB vorsah, dass das Gericht von Strafe absehen konnte, wenn der Täter über achtzehn aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt war.

²⁵⁷ Dazu BURGI M., *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, Nomos, 2016, SS. 30 ff., in Internet abrufbar unter http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/Rechtsgutachten-Burgi-Rehabilitierung175.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt am 8. Juli 2016 abgerufen). Vgl. auch DWOREK G., § 175 StGB: „weggefallen“ – nach 123 Jahren, in: HIRSCHFELD-EDDY-STIFTUNG (Hrsg), *Vom Verbot zur*

geänderten § 175 StGB wurde noch mal vom Bundesverfassungsgericht überprüft²⁵⁸ und wieder bestätigt²⁵⁹. Ein weiterer Fortschritt stellte das 4. StrRG vom 23. November 1973²⁶⁰ dar, das einerseits die Strafbarkeit der männlichen Prostitution abschaffte und andererseits behielt unterschiedliche Altersgrenze minderjährigen Opfer für die Strafbarkeit von sexuelle Handlungen²⁶¹. Der letzte Schritt zur endgültigen Abschaffung der Homosexualität als diskriminierendes Merkmal für die Strafbarkeit sexueller Handlungen wurde im Jahr 1994 getan: § 175 StGB wurde aufgehoben²⁶² und wich einer geschlechtsneutralen Vorschrift in § 182 StGB²⁶³. Neben die Kriminalisierung homosexueller Handlungen galt noch als Grund der nicht anerkannten rechtlichen Gleichheit der Homosexuellen die herrschende wissenschaftliche Auffassung, wonach Homosexualität – mindestens bis zur deren Streichung aus dem DSM im Jahr

Gleichberechtigung – Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland, Festschrift für Manfred Bruns – Berlin, 2012, S. 50.

²⁵⁸ Beschluss vom 2. Oktober 1973, BVerfGE 36, 41.

²⁵⁹ BURGI M., *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, a.a.O., SS. 39-40.

²⁶⁰ Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (BGBl., 1973, S. 1725).

²⁶¹ BURGI M., *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, a.a.O., SS. 34-36.

²⁶² Neunundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz (29. StrÄndG) vom 31. Mai. 1994, BGBl. I 1994, Nr. 33, SS. 1168-1969.

²⁶³ BURGI M., *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, a.a.O., SS. 36-37. Zu den Gründen die zur Streichung des § 175 StGB Vgl. BT-Drucks. 11/4153.

1973 – als psychische Pathologie betrachtet wurde²⁶⁴. Erst seit den 1990er Jahren gilt Homosexualität nicht mehr als Pathologie, sondern als natürliche Variante der menschlichen Entwicklung: sie wurde nämlich am 17. Mai 1990 auch von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) aus der Auflistung der psychischen Pathologien entfernt. Das Ende der 1990er Jahre stellt eine Kehrtwende in der staatlichen Behandlung der sexuellen Identität dar, indem sie zum geschützten Rechtsobjekt von staatlichen Maßnahmen wird, zu denen die oben genannte Änderung des Datenerfassungssystem im Jahr 2001 und viel mehr noch das „Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz“ (AGG) im Jahr 2006 zählt²⁶⁵.

3. Strafrechtliche Relevanz der Homophobie.

Wie oben ausgeführt wurde, während bei anderen Rechtsgebieten die sexuelle Identität berücksichtigt wird, erwähnt ausdrücklich noch kein Straftatbestand dieses Merkmal. Die meisten Straftatbestände, die dafür in Betracht kommen, sind einerseits die sog. Staatsschutzdelikte, die nur indirekt Minderheitenmerkmale einschließen, indem sie zur Bekämpfung von menschenfeindlicher Ideologie angesetzt sind: so ist z.B. bei § 86 („Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen“) und § 86a (Verwenden von Kennzeichen

²⁶⁴ Für die wichtigsten Meinungen über Homosexualität bis zu den 60er Jahren vgl. KRÖGER P., *Entwicklungsstadien der Bestrafung der widernatürlichen Unzucht und kritische Studie zur Berechtigung der §§ 175, 175a, 175b StGB de lege ferenda*, a.a.O., SS. 27-51.

²⁶⁵ Verabschiedet am 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) und in Kraft getreten am 18.8.2006.

verfassungswidriger Organisationen) StGB; andererseits einige Straftatbestände, wobei nicht Ideologien sondern negative Einstellungen gegen einzelne Minderheiten subsumiert werden können: das ist der Fall von § 130 StGB („Volksverhetzung“), § 211 StGB („Mord“ insbesondere „aus niedrigen Beweggründe“) und § 46 StGB in der neuen Fassung vom 1. August 2015 („Grundsätze der Strafzumessung“ mit besonderem Bezug auf die „Beweggründe und Ziele des Täters“). In Folgenden wird sich die Analyse auf die zweite Gruppe von Tatbestände einschränken, bezüglich deren eine engere Verbindung zum Merkmal „sexuelle Identität des Opfers“ vorstellbar bzw. vertretbar scheint.

3.1. Volksverhetzung (§ 130 StGB).

Dem Begriff von amerikanischem „Hate Speech“ entsprechend stellt der Tatbestand des § 130 StGB eine Form von „Hassrede“ dar²⁶⁶. Wie es sich bereits von der Entstehungsgeschichte des heutigen Tatbestand ergibt²⁶⁷, soll der Volksverhetzungsparagraph als präventive strafrechtliche Schutzmaßnahme gegen Eskalationen dienen, die bis zum höchsten Grad des Genozids anstreben können²⁶⁸. In der Auffassung des Gesetzgebers soll

²⁶⁶ Zum Begriff „Hate Speech“ s.o., Kapitel 1, § 3.2.2.

²⁶⁷ KRONE G., *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979, S. 55 ff.; STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in: KÜPER W. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, S. 506.

²⁶⁸ Zur Qualifikation von Hate Speech und Hate Crime als Präventive Maßnahmen bezüglich Genozids und Verbrechens gegen die Menschlichkeit s.o., Kapitel 1, § 3.2. Dabei muss man aber hervorheben, dass die Bezüge der Vorurteils kriminalität auf das Genozid kriminologisch nur ab dem letzten Jahrzehnten des 20.

nämlich § 130 StGB dem Schutz von Minderheiten gegen Angriffe der Mehrheit dienen und ein solcher Schutz ist durch immer komplexere und zum Teil neuere Straftatbestände gewährleistet. Wie es genauer in Folgenden unterstrichen wird, ob es unter den geschützten Minderheiten auch Homosexuelle einbegriffen sind, kann man vom Wortlaut des Vorschrift leicht bejaht werden, allerdings ist es auf der Ebene der Auslegung nicht immer klar gewesen. Die folgende Darstellung der Entwicklung des heute geltenden Fassung zeigt viel mehr, mit welchen Mitteln und aus welchen Anlässen der Schutz von Minderheiten durch Kriminalisierung von Hassreden erweitert worden ist. Bei der Analyse des Tatbestandes sowie der Anwendungspraxis wird es deutlicher wie der Schutz von LGBT-Menschen durch § 130 StGB allmählich gewährleistet worden ist.

Von der Volksverhetzung entsprechend dem heutigen Verständnis ist im Strafgesetzbuch bis zum Jahr 1960 gar nicht die Rede; ihr Vorgänger war nämlich der sog. „Klassenkampfparagraf“, der so formuliert wurde:

„Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft“²⁶⁹.

Zahlreiche Ändeurngsversuche des § 130 StGB scheiterten bis zum Ende der 1950er Jahre. Erst dann wurde ernsthaft

Jahrhundert erarbeitet wurden: Diese Intuition aus einer juristischen Sicht stammte aber schon aus den 50en Jahren. Zur Volksverhetzung als Vorfeld des Völkermordes Vgl. KRONE G., *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979

²⁶⁹ ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB)*, Berlin, 2009, S. 55.

eine Neufassung des § 130 diskutiert. Anlass dafür war eine Welle von antisemitischen und nazistischen Ausschreitungen, die besondere Empörung in der Öffentlichkeit erregten²⁷⁰: das Ergebnis der Parlamentarischen Auseinandersetzung über die Reform vom § 130 StGB war das 6. StrÄndG vom 30.06.1960 (BGBl. I S. 478), aufgrund dessen der Klassenkampfparagraph wie folgt neugefasst wurde:

„Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er

1. zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt,

2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder

3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden“²⁷¹.

Bei dieser Formulierung ist insbesondere zu merken, dass keine spezifische Minderheit erwähnt sondern der allgemeine Ausdruck „Teile der Bevölkerung“ verwendet wird. Während der parlamentarischen Diskussion wurde vorgeschlagen, die Formulierung des § 220a StGB (der heutige § 6 VStGB) zu übernehmen und die Hetze unter Strafe zu stellen, die gegen eine „nationale, rassische,

²⁷⁰ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 535, Rn. 11; BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 211; noch ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“* (§ 130 StGB), a. a. O., S. 162.

²⁷¹ ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“* (§ 130 StGB), a. a. O., S. 164.

religiöse, oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe“ gerichtet sei²⁷². Der Entwurf wurde aber mit der Begründung abgelehnt, dass eine solche Formulierung als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz angesehen werden könnte, da es ein „privilegium odiosum“ für besondere Gruppen – die Rede war von den Juden – gegenüber anderen dargestellt hätte²⁷³. Der Tatbestand des § 130 StGB wurde nachher im Jahr 1994²⁷⁴ wesentlich umgestaltet. Dazu haben dieselben rechtsextremistische Ereignisse beigetragen, die zur allmählichen Änderung des polizeilichen Datenerfassungssystems geführt haben²⁷⁵. Der Absatz 1 wurde umgestaltet und darüber hinaus wurden zusätzliche Absätze mit zusätzlichen Straftatbeständen eingeführt, insbesondere den s.g. „Schriftenverbreitungstatbestand“²⁷⁶ (Abs. 2) und die s.g. „Auschwitzleugnung“ (Abs. 3). Die resultierende Fassung war folgend:

„(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

²⁷² Es geht um den Entwurf „E 1959 I“, dazu vgl. ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“* (§ 130 StGB), a. a. O., S. 168-169.

²⁷³ ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“* (§ 130 StGB), a. a. O., SS. 169, 181 und 244; STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, a. a. O., S. 503; HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, S. 285.

²⁷⁴ Diese Änderung folgte aufgrund des am 1. Dezember 1994 Inkrafttretens des Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994.

²⁷⁵ S.o., § 2.2.1.

²⁷⁶ Vgl. BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, a.a.O., Rn. 32.

1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,
wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
- (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,
 - a) verbreitet,
 - b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
 - c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder
 - d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder
 2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk verbreitet.
- (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der

Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

(4) Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.

(5) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 4, und in den Fällen des Absatzes 3 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend²⁷⁷.

Die nächste wesentliche Änderung erfolgte im Jahr 2011²⁷⁸ und setzte Erfordernisse der EU und des Europarates um (Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates der Europäischen Union vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit sowie das Zusatzprotokolls vom 28. Januar 2003 zum Übereinkommen des Europarats vom 23. November 2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen

²⁷⁷ Zu den einzelnen Änderung und zu den parlamentarischen Auseinandersetzungen, die dieser Reform zugrunde liegen, vgl. noch ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“* (§ 130 StGB), a. a. O., SS. 190-209.

²⁷⁸ Die Änderung wurde durch das „Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Umsetzung des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 2003 zum Übereinkommen des Europarats vom 23. November 2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art“ vom 16. März 2011 (BGBl. I, S. 418), am 21. März 2011 in Kraft getreten.

rassistischer und fremdfeindlicher Art)²⁷⁹. Der Kern der genannten Änderung bestand aus den Einführung einer ausdrücklichen Bezeichnung von bestimmten Gruppenmerkmalen - nämlich Nationalität, Rasse, Religion und ethnische Herkunft – und nicht nur einer Mehrheit, sondern auch den einzelnen Mitgliedern einer solchen Personenmehrheit gerichteten Handlung²⁸⁰. Daher erschien die resultierende neue Fassung der Abs. 1 und 2 wie folgt:

„(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder

²⁷⁹ BT-Drucks. 495/10, S. 3.

²⁸⁰ Vgl. Art. 1, Abs. 1, Buchst. a, des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates der Europäischen Union vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdfeindlichkeit: *„(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen unter Strafe gestellt werden: a) die öffentliche Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe (...).“* Außer eines Bezugs auf die neu eingeführten Merkmale wurde nicht nötig, weiterhin den Text zu ändern, da die geltenden Vorschriften – insbesondere § 130, Abs. 2 StGB –den zwingenden Vorgaben des Zusatzprotokolls bereits weitgehend entspreche. Vgl. BT-Drucks. 495/10, S. 5.

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Schriften (§ 11 Absatz 3), die zum Hass gegen eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder ihre Menschenwürde dadurch angreifen, dass sie beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,

a) verbreitet,

b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder

d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder

2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet“.

Zuletzt wurde den Paragraph § 130 im Jahr 2015²⁸¹ geändert, insbesondere bezüglich des Abs. 2. Der Anlass war die Umsetzung des von der Bundesrepublik Deutschland am 25. Oktober 2007 unterzeichneten Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (ETS 201 – Lanzarote-Konvention), des am 11. Mai 2011 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichneten Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (ETS 210 – Istanbul-Konvention) und der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. L 335 vom 17.12.2011, S. 1; L 18 vom 21.1.2012, S. 7)²⁸². Die Änderung betrifft wesentlich den Abs. 2 des § 130 und soll als bloße „redaktionelle Bereinigung“ des vorher geltenden Paragraph²⁸³ wirken. Unter anderen wird die bisherige Auflistung der relevanten Tathandlungen durch eine neue Auflistung ersetzt, die die verschiedenen Arten volksverhetzender Schriften berücksichtigt; außerdem wird beim Abs. 6 die Strafbarkeit wegen Versuchs eingeführt²⁸⁴. Infolge dieser letzten Änderung gilt heute der Tatbestand der Volksverhetzung wie folgt:

„(1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

²⁸¹ Es geht um 49. Strafrechtsänderungsgesetz (49. StrÄndG) vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10), am 27.01.2015 in Kraft getreten.

²⁸² BT-Drucks. 18/2601, S. 1.

²⁸³ BT-Drucks. 18/2601, S. 16.

²⁸⁴ BT-Drucks. 18/2601, S. 24.

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,
- wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
- (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren eine Schrift (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, die
 - a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,
 - b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personenmehrheiten auffordert oder
 - c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift, dass diese beschimpft,

böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,

2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder

3. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalts herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder Nummer 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

(5) Absatz 2 Nummer 1 und 3 gilt auch für eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts. Nach Absatz 2 Nummer 2 wird auch bestraft, wer einen in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

(6) In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist der Versuch strafbar.

(7) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, und in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend“.

Die heutige Fassung des § 130 StGB besteht grundsätzlich aus 4 Tatbeständen, die in zwei Gruppierungen eingeordnet werden können. Die erste betrifft Abs. 1 und 2, die Volksverhetzung durch einfache Äußerungen vorsehen. Zu der zweiten Gruppierung gehören die von Abs. 3 und 4 vorgesehenen Tatbestände, da beide Äußerungen über Nationalsozialismus unter Strafe stellen. Insbesondere handelt es sich beim Abs. 3 um die unter dem Nationalsozialismus begangenen Völkermorde „billigen, leugnen oder verharmlosen“ (s.g. „Auschwitzleugnung“) und beim Abs. 4 um nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft „billigen, verherrlichen oder rechtfertigen“. Die folgende Analyse des § 130 StGB wird sich auf diejenige Aspekte beschränken, die eine Verbindung zu dem nicht ausdrücklich erwähnten Merkmal der sexuellen Identität aufweisen können. Es handelt sich insbesondere um den Abs. 1 und 2 der genannten Strafvorschrift.

2.1.1. Das Rechtsgut des § 130 StGB.

Um den § 130 StGB als strafrechtlichen Vorschrift zum Schutz der Minderheiten – und insbesondere zum Schutz der LGBT-Menschen – zu betrachten, scheint es unvermeidbar, sich mit der Frage des Schutzzwecks bzw. des Rechtsguts des § 130 StGB zu beschäftigen und darüber gibt es keine einheitliche Ansicht²⁸⁵. Die Stellung

²⁸⁵ Für eine ausführliche Darstellung der verschiedenen Stellungen über den Schutzzweck des § 130 StGB vgl. AYDIN Ö. D., *Die*

des Tatbestandes innerhalb des Strafgesetzbuches – nämlich unter dem 7. Abschnitt des besonderen Teils des StGB, „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ – lässt auf einen Schutz der öffentlichen Ordnung schließen²⁸⁶: es wird besonders aus der „Eignung zur Störung der öffentlichen Frieden“ abgeleitet, die vom § 130 Abs. 1 StGB ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal vorgesehen ist. Der Begriff „öffentliche Friede“ wird sowohl als „Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit als auch das Gefühl der öffentlichen Sicherheit“ verstanden, nämlich „das Friedensgefühl der Bevölkerung, im Schutz der Rechtsordnung zu leben“²⁸⁷. In diesem Sinne spricht die Entstehungsgeschichte der Vorschrift auch, wobei den Ausdruck „Klima-Schutz“ als Zweck der Norm oft verwendet wird²⁸⁸. Allerdings herrscht keine Einigkeit über den Schutzzweck des Volksverhetzungsparagrafen, da im genannten Strafvorschrift wird als Tathandlung auch den „Angriff auf die Menschenwürde“ erwähnt. So wird auch vertreten, dass vom § 130 StGB neben der öffentlichen Frieden auch die Menschenwürde geschützt wird. Es ist daher umstritten, ob nur ein der beiden Rechtsgüter oder die beide gleichzeitig geschützt werden. In der Literatur sowie in der Rechtsprechung wird weitgehend vertreten, dass das Merkmal des Angriffs auf

strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, a.a.O., SS. 204-206.

²⁸⁶ LOHSE V., „Türken ist der Zutritt verboten“ – Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, in NJW, 1985, Heft 29, S. 1678; FINGER D. J., *Homophobie und Strafrecht*, Berlin, 2015, S. 167.

²⁸⁷ BUBNOFF E. V., § 130, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 4, 11. Auflage, 2005, Rn. 4.

²⁸⁸ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 204. Vgl. BT-Drucks. 12/8588, S. 8.

die Menschenwürde nur eine einschränkende Funktion bezüglich der Strafbarkeit wegen § 130 StGB verwirklicht und deshalb stelle es kein eigenständiges Rechtsgut bzw. Schutzzweck der Norm dar²⁸⁹. Nach herrschender Meinung liegt ein Angriff auf die Menschenwürde vor, *„wenn dieser sich nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte (z.B. Ehre) richtet, sondern den Mensch im Kern seiner Persönlichkeit trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als unterwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht in der Gemeinschaft bestritten wird“*²⁹⁰. In diesem Zusammenhang wird sich das Lebensrecht nicht auf das „biologische“ Lebensrecht beschränken sondern es erfasst auch das soziale Lebensrecht, *„also die Existenz als grundsätzlich gleichwertiges Mitglied in der Gemeinschaft“*²⁹¹.

Zum Verhältnis der Merkmale „öffentlicher Friede“ und „Angriff auf die Menschenwürde“ zueinander wird in einem Teil des Schrifttums gegen die herrschende Meinung eingewendet, dass auf der Basis einer personalen Rechtsgutslehre die öffentliche Friede als kollektives Rechtsgut kein eigenständiges Rechtsgut darstellen dürfe und nur mittelbar bzw. als Folge des unmittelbaren Schutz des individuellen Rechtsguts Menschenwürde geschützt sei. Streng hebt hervor, dass nach der Reform vom 1994 der § 130 StGB als Delikt gegen die Menschlichkeit bzw. als Vorfeldkriminalisierung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit (wie z.B.: Völkermord) gestaltet worden ist, was es sich von dem Umstand ergibt, dass die

²⁸⁹ In diesem Sinne vgl. WEHINGER M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*, Nomos, Baden-Baden, 1994, S. 128; STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 1a, S. 1524.

²⁹⁰ STERNBERG/LIEBEN, § 130, a. a. O., Rn. 5d, S. 1528.

²⁹¹ HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, a.a.O., S. 125.

beschriebene Handlungen nur gegen besondere verletzbare Gruppen gerichtet sein können, sogar wenn man auf eine Auflistung der verletzbaren Gruppen verzichtet²⁹². Anders argumentiert Hörnle, die entscheidend zur Erläuterung des Verhältnisses zwischen den zwei einschlägigen Rechtsgütern die Abwägung der verfassungsrechtlichen relevanten Interessen hält. Sie geht davon aus, dass die Volksverhetzung eine Einschränkung der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG darstellt und dass eine solche Einschränkung nur aufgrund der Verletzung eines vergleichbaren individuellen Rechtsguts gerechtfertigt sein dürfe. Dabei käme nicht der öffentliche Friede (insbesondere in Sinne von „Gefühl der öffentlichen Sicherheit“) in Betracht, sondern die Menschenwürde die gemäß Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar sei²⁹³. Im Ergebnis ist für beide Auffassungen die Menschenwürde der primäre und unmittelbare Schutzzweck des § 130 StGB. Diese Positionen überzeugen aber nicht, denn der herrschenden Meinung ist darin zuzustimmen, dass beide

²⁹² STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, a.a.O., S. 506-511. Dabei wird es auf KRONE G., *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, a.a.O., Bezug genommen. Außerdem kritisiert noch Streng das Argument der Stellung des § 130 StGB innerhalb des 7. Abschnitts des Strafgesetzbuches, da nicht nur die dort liegende Straftatbestände sondern auch fast jeder Straftatbestand zum Schutz der öffentlichen Ordnung diene (S. 510).

²⁹³ HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, a.a.O., SS. 282-285. Die aufgeführte Argumentation setzt voraus, dass nur individuelle Rechtsgüter als Schützobjekt einer Strafnorm anerkannt werden dürfen, oder kollektive Rechtsgüter, von denen individuelle Rechtsgüter ableiten könne. Dazu vgl. noch HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, a.a.O., S. 6 ff., wobei Bezug auf die Habilitationsschrift von HEFENDEHL R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, genommen wird.

Rechtsgüter Schutzobjekte der Vorschrift sind und der öffentliche Friede primär und unmittelbar durch den Volksverhetzungsparagraph und die Menschenwürde zumindest indirekt geschützt sei²⁹⁴. Dafür spricht auch die Reform vom 1994, die das Merkmal „Angriff auf die Menschenwürde“ auf Abs. 1 Nr. 2 beschränkt hat, d.h. dass für den von Abs. 1 Nr. 1 vorgesehenen Tatbestand eine Prüfung des Vorliegens eines Angriffs auf die Menschenwürde ausgeschlossen sei²⁹⁵. Ferner, wie es auch unterstrichen wird, genügt ein Angriff auf die Menschenwürde zur Verwirklichung der Volksverhetzung nicht, da immerhin geprüft werden muss, ob ein solcher Angriff zur Störung des öffentlichen Friedens auch geeignet ist²⁹⁶. Auf dieser Basis kann man den Tatbestand des § 130 Abs. 1 StGB als Gefährdungsdelikt bezüglich des Rechtsguts öffentlicher Friede.

²⁹⁴ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 206.

²⁹⁵ Es ist aber nicht unumstritten, dass es bei Abs. 1 die Prüfung eines Angriffs auf die Menschenwürde nicht mehr erforderlich sei. Es ist einerseits die Auffassung vertreten, die Menschenwürdeangriff „regelmäßig aber nicht zwingend“ zu prüfen sei, vgl. STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 1a, S. 1524; dagegen ist es aufgeführt, dass beim Abs. 1 die Menschenwürdeangriff immanent in der Tathandlung sei, so dass zum Hass Aufstacheln und zu Gewalt- oder Willkürmaßnahme Auffordern immer eine Prüfung des Vorliegens eines Angriffs auf die Menschenwürde voraussetze, vgl. BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 219, Rn. 11.

²⁹⁶ AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 206.

Umstritten ist zudem, ob § 130 StGB als abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikt anzusehen ist. Beide Auffassungen werden vertreten, sind aber beide nicht ohne Weiteres dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen. Für konkrete Gefährdungsdelikte wird der Eintritt der Gefährdung des geschützten Rechtsguts als Tatbestandmerkmal vorgesehen, dessen Vorliegen zu prüfen ist²⁹⁷. Wenn eine solche Auffassung bejaht würde, wäre § 130 StGB dem direkten Schutz von Minderheiten – darunter von LGBT-Menschen – dienen, da eine Gefährdung der einzelnen Angehörigen der Minderheitsgruppe durch die hetzende Äußerungen vorliegen müsse. Beim § 130 Abs. 1 StGB, ist eine Gefährdung des öffentlichen Friedens aber nicht erforderlich wie es zur Verwirklichung anderer als konkrete Delikte eingestufte Straftatbestände (z.B. § 315c StGB) üblich ist. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten handelt es sich um Handlungen, die bereits der Gesetzgeber als gefährlich beurteilt hat, so dass die Gefährdung des Rechtsobjekts nicht geprüft werden muss²⁹⁸. So sieht es bei Volksverhetzung nicht aus, da eine zusätzliche Prüfung über die Gefährlichkeit der Handlung durchgeführt werden muss. Wer die Auffassung vertritt, § 130 Abs. 1 StGB sei ein abstraktes Gefährdungsdelikt, geht davon aus, dass der öffentliche Friede in objektivem Sinne als Rechtssicherheit verstanden wird. Dadurch wird der öffentliche Friede in § 130 StGB dem Zweck jeder Strafnorm gleichgesetzt²⁹⁹. Wäre § 130 StGB ein

²⁹⁷ RENGIER R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Beck, München, 16. Auflage, 2015, S. 51, Rn. 10.

²⁹⁸ Ebenda, S. 52, Rn. 11.

²⁹⁹ FISCHER T., *Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB)*, in: *Goltdammer's Archiv*

abstraktes Gefährdungsdelikt, würde damit keine Schutz den Minderheitenangehörigen gewährleisten, da die Vorschrift nur eine Vorfeldkriminalisierung eine gegen die (objektiven) öffentliche Friede darstelle. Dieser Ansatz kann aber aufgrund der Bedeutung des Begriffs „öffentliche Friede“ in objektivem Sinne – Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit – nicht bejaht werden, da er Zweck jeder Strafvorschrift ist: die Erforderlichkeit einer Prüfung der gefährdenden Eignung ist aus dem Wortlaut der Vorschrift trotzdem abzuleiten, was mit der Natur der abstrakten Gefährdungsdelikte in Konflikt geraten würde. Das merkwürdige an der Volksverhetzung als Gefährdungsdelikt liegt darin, dass die Prüfung nicht die Gefährdung des Rechtsguts sondern die Tauglichkeit der Handlung („in einer Weise, die geeignet ist“) betrifft, das Rechtsgut zu gefährden: dabei spricht man von „abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten“³⁰⁰ oder „konkretes Gefährlichkeitsdelikt“³⁰¹.

Das Ergebnis des Auseinandersetzung mit dem Problem des vom § 130 StGB geschützten Rechtsguts hat zur Folge, dass mindestens indirekt die Menschenwürde von Mitgliedern einiger Minderheiten – und darunter von LGBT-Menschen – geschützt wird, da es viel mehr um „Klima-Schutz“ handelt. Jetzt ist aber zu vertiefen, wie ein solcher – wenn auch mittelbarer – Schutz für die LGBT-

für Strafrecht, 1989, S. 445 ff. zitiert in WEHINGER M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*, a.a.O., S. 104.

³⁰⁰ RENGIER R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, a.a.O., S. 53, Rn. 16.

³⁰¹ Zu diesem Ansatz kommt AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, a.a.O., S. 232; ähnlich wird von WEHINGER M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*, a.a.O., S. 104, vertreten, wobei die Rede von „potenzielles“ Gefahr für das geschützte Rechtsgut ist.

Leute gewährleistet werden kann und schließlich gegen welchen Handlungen dieser Schutz gerichtet ist.

2.1.2. Die geschützte Opfergruppen.

Nach dem Wortlaut des § 130 StGB werden als Opfer der strafbaren Handlung „eine nationale, rassische, religiöse, oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe“ (1. Alt.), „Teile der Bevölkerung“ (2. Alt.) und „einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung“ (3. Alt.) bezeichnet.

Die erste Alternative entspricht eindeutig den Opfergruppen der von § 6 VStGB als Opfer des Völkermordes bezeichneten Gruppen³⁰². Als Gruppe wird *„eine durch gemeinsame Merkmale und deren subjektive Entsprechung verbundene Mehrzahl von Menschen, die sich hierdurch von anderen unterscheiden“*, verstanden³⁰³.

Hieraus ergibt sich, dass Homosexuelle eine Gruppe sein können. Diese können aber keine Gruppe im Sinne der 1. Alt. darstellen, da das Merkmal „sexuelle Orientierung“ bzw. „sexuelle Identität“ nicht ausdrücklich erfasst wird und die erwähnten Unterscheidungsmerkmale – Nationalität, Rasse, Religion, Herkunft – eine einschränkende Aufgabe bezüglich des Merkmals „Gruppe“ verwirklichen.

Nichtdestotrotz können sie unter dem Begriff „Teil der Bevölkerung“ erfasst werden. Die 2. Alt. hat seit 1960 den Begriff „Klasse“ des alten „Klassenkampfparagraph“

³⁰² Die Gründe, die im Jahr 2011 zur Ergänzung des Tatbestands „Volksverhetzung“ mit der Erwähnung von spezifischen Gruppen, sind bereits oben genannt, § 3.1.

³⁰³ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 3, S. 1525.

ersetzt und bis zum Jahr 2011 war die einzelne Bezeichnung der Opfergruppe des § 130 StGB³⁰⁴. In der neue und heute geltenden Fassung hat das Merkmal „Teil der Bevölkerung“ einen engeren Sinn, indem die Gruppe der 1. Alt. ausgelassen werden. Unter „Teil der Bevölkerung“ versteht man also *„aufgrund bestimmter objektiver und subjektiver Merkmale von der übrigen Bevölkerung unterscheidende Personenmehrheiten, die zahlenmäßig von einiger Erheblichkeit, d.h. individuell nicht mehr überschaubar sind“*³⁰⁵. Es wird hervorgehoben, dass der bestimmte Artikel „der“ – statt „einer Bevölkerung“ – die Bedeutung des Begriffs auf in Inland lebende Personenmehrheiten beschränkt³⁰⁶. Augenscheinlich kann man unter den Begriff des 2. Alt. zahlreiche verschiedene Personenkreise subsumiert werden³⁰⁷. Ob auch Homosexuelle – und sonstige LGBT-Personen – ein Teil der Bevölkerung in sinne des 2. Alt. scheint es zu bejahen³⁰⁸. Es geht nämlich um eine nicht überschaubare Personenmehrheit, die sich aufgrund des

³⁰⁴ Dazu s.o., § 3.1.

³⁰⁵ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 3, S. 1525.

³⁰⁶ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 539, Rn. 22.; WEHINGER M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*, a.a.O., S. 122.

³⁰⁷ Für eine ausführliche Auflistung der einschlägige Personenmehrheiten die von der Rechtsprechung berücksichtigt worden sind vgl. REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, Hamburg, 2009, S. 118; MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 540, Rn. 25.

³⁰⁸ REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, Hamburg, 2009, der trotzdem hervorhebt, dass die Homosexuelle bisher keine explizite Erwähnung als Bevölkerungsteil finden.

Merkmals „sexuelle Orientierung“ von den andere Personenmehrheit unterscheidet, die von einem großen Zahl von Einzelnen besteht, die auch auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland leben. Es überzeugt nicht die auch vertretene Ansicht, dass ausschließlich äußere Merkmale zur Aussondern von Personenmehrheiten zu berücksichtigen seien³⁰⁹. Nach der Reform vom 2011, die das Merkmal „Religion“ eingeführt hat, scheint es mindestens annehmbar, dass innere Merkmale für die Auslegung des Ausdrucks „Teil der Bevölkerung“ berücksichtigt werden dürfen. Nämlich ist die Religion kein von außen empfindbares Merkmal und sogar nicht mit dem biopsychischen Wesen des Menschen – wie bei der Homosexualität³¹⁰ – verbunden³¹¹. Mit der oben erwähnte von der herrschenden Meinung vertretenen Definition, die

³⁰⁹ Vgl. FINGER D. J., *Homophobie und Strafrecht*, a.a.O., SS. 173-174. Dieser Ansatz bezieht sich insbesondere auf die Rechtsprechung über Kollektivbeleidigung, da dies Merkmal bei der Volksverhetzung wenig diskutiert sei.

³¹⁰ Allerdings ist die wissenschaftliche Diskussion über Ursachen und Wesen der Homosexualität gar nicht endgültig beendet. Vgl. FINGER D. J., *Homophobie und Strafrecht*, a.a.O., SS. 23-24. Die Stellung, die hier Vertreten ist, bezieht sich auf das von heute herrschender Meinung vertretenen Ansatz, wonach Homosexualität – in Sinne von gleichgeschlechtliche sexuelle Orientierung – kein „gewählte“ Zustand sei, sondern ein besonderes Merkmal des Persönlichkeit darstelle.

³¹¹ Darüber hinaus überzeugt nicht die Bemerkung von FINGER D. J., *Homophobie und Strafrecht*, a.a.O., S. 174. Dabei wird beanstanden, dass die Rechtsprechung das „Soldat“ - Merkmal berücksichtigt hat, das „keine sichere äußere Erkennbarkeit“ ermögliche. Dagegen könnte man einwenden, dass genau die Uniform der Soldaten sichere äußere Erkennbarkeit des Merkmal gewährleistet, so dass es – ganz in Gegenteil zur Religion und Homosexualität – um ein eindeutiges äußere Merkmal handelt.

innere und äußere Merkmale einschließt, ist die Berücksichtigung auch von inneren Merkmalen – und daher von der sexuellen Orientierung³¹² – bejaht. Ganz unproblematisch scheint zuletzt nach der Reform von 2011 die Möglichkeit für den „Einzelnen“, Angriffsobjekt der Volksverhetzung zu sein, wenn die Tathandlung wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppen oder zu einem Teil der Bevölkerung“ begangen wird³¹³. Unter der Annahme, dass Homosexuelle ein Teil der Bevölkerung in Sinne von § 130 StGB sind, gilt eine gegen einen Einzelnen wegen seiner Homosexualität gerichtete Tathandlung als Volksverhetzung. Allerdings ist es noch zu klären, ob die erforderliche Zugehörigkeit des Opfers einer Gruppe bzw. einem Teil der Bevölkerung lediglich von Täter *vermutet* sein oder *tatsächlich* vorliegen muss. Die Frage könnte man auf der Ebene des Rechtsgutschutzes beantworten. Wenn man davon ausgeht, dass geschütztes Rechtsgut der Volksverhetzung primär und unmittelbar der öffentliche Friede und mittelbar die Menschenwürde anderer ist, genügt das Vermuten des Täters, wenn die Tathandlung geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Außerdem ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift (wegen seiner Zugehörigkeit) keine Einschränkung auf die nur tatsächliche Zugehörigkeit des Opfers.

³¹² STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 4, S. 1525.

³¹³ Bevor es ausdrücklich von der Reform eingeführt wurde, hatte sich schon KRUPNA K., *Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland*, Lang, Frankfurt am Main, 2010, SS. 115-116, mit der Frage auseinandergesetzt, ob die gegen einen Einzelnen gerichtete Handlung unter besonderen Umständen den Tatbestand der Volksverhetzung verwirklichen könnte und in Ergebnis hatte er es bejaht. Vgl. BGHSt v. 15.11.1967 – 21, 371.

2.1.3. Die Tathandlung des § 130 Abs. 1 StGB.

Die Handlung, die den Tatbestand „Volksverhetzung“ verwirklicht, wird vom Abs. 1 des § 130 StGB in zwei mögliche Formen vorgesehen: die Aufstachelung zum Hass oder Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen (Nr. 1) und Beschimpfen, böswillig Verächtlichmachen oder Verleumden in einer Weise, die einen Angriff auf die Menschenwürde darstellt (Nr. 2). Zum Hass Aufstacheln ist ein Verhalten zu verstehen, *„das auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine emotional gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung gegen den betroffenen Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken“*³¹⁴. Die so beschriebene Handlung lässt sich durch die Alternative „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“ besser definieren. Zwar muss es sich nicht um bloße Befürwortung von Übergriffe handeln³¹⁵, es muss aber auch keine bestimmte Aktionen beabsichtigt sein. Viel mehr behauptet man, dass *„es sich um eine Stimmungsmache handelt, die zugleich den geistigen Nährboden für die Bereitschaft zu Exzessen gegenüber der betroffenen Bevölkerungsgruppe liefert“*³¹⁶. Bei

³¹⁴ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 541, Rn. 28; STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5a, S. 1526.

³¹⁵ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 541, Rn. 29. Vgl. LG Köln v. 9.7.1980 – 31-18/80.

³¹⁶ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5a, S. 1526.

„Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen“ handelt es sich in Grunde um eine Handlung, die der Handlung des § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten), insbesondere *„ein über bloße Befürwortung hinausgehendes, ausdrückliches oder konkludentes Einwirken auf andere mit dem Ziel, in ihnen den Entschluss zu bestimmten Handlungen hervorzurufen“*, ähnelt³¹⁷. Gewalt- und Willkürmaßnahmen werden als diskriminierende Handlungen beschrieben, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen³¹⁸. Gewaltmaßnahmen sind insbesondere Gewalttätigkeit die grundsätzlich andere Straftatbestände (wie z.B.: § 125 StGB, Landfriedensbruch) erfüllen und die Einsatz physischer Kraft durch aggressives positives Tun von einiger Erheblichkeit, mit dem unmittelbar auf Menschen und Sachen in ihrer körperlichen Substanz – und unter Umständen auch mittelbar auf Menschen – voraussetzen³¹⁹; Willkürmaßnahmen haben mit den Gewaltmaßnahmen den diskriminierenden Charakter gemeinsam, sie unterscheiden sich jedoch durch die fehlende Gewaltanwendung³²⁰. Die Handlung des § 130,

³¹⁷ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5b, S. 1527; MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 543, Rn. 34.

³¹⁸ BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 226, Rn. 16.

³¹⁹ LACKNER/KÜHL, § 125, in: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, S. 620, Rn. 4.

³²⁰ In diesem Sinne MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 543, Rn. 35, wobei man von „sonstigen“ diskriminierenden in Widerspruch zu elementaren Geboten der Menschlichkeit stehenden Behandlungen aller Art die Rede ist.

Abs. 1 Nr. 2 StGB besteht aus mehrere verschiedene mögliche Handlungen, die schon in anderen Strafvorschriften Berücksichtigt sind. Für das beschimpfen und böswillig Verächtlichmachung wird auf die Handlungen des § 90a StGB (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole) verwiesen. Beschimpfung ist „*eine durch Form oder Inhalt besonders verletzende Äußerung der Missachtung, nämlich durch den Vorwurf eines besonders schimpflichen oder verachtungswürdigen Verhaltens oder Zustandes*“³²¹. Böswillig Verächtlichmachen ist die „*aus verwerflichen Beweggründen erfolgende Darstellung anderer als verachtenswert, minderwertig oder unwürdig*“³²². Die zwei Begriffe überschneiden sich ersichtlich aber der Unterschied liegt darin, dass für das Verächtlichmachen eine besondere Gesinnung – „*verwerflicher Beweggrund*“, „*niederträchtige, bewusst feindselige Gesinnung*“³²³ – erforderlich ist, die sich als Einschränkungmerkmal auswirkt³²⁴. Bei der dritten Variante, „*Verleumden*“, kommt der eigenständige Straftatbestand des § 187 StGB in Betracht. Daher wird die Verleumdung durch die

³²¹ BGH 7, 110. Vgl. TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 730, Rn. 4.

³²² TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 864, Rn. 11; STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5c, S. 1528; BGH 3, 346; BGH 7, 111.

³²³ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 554, Rn. 79.

³²⁴ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5c, S. 1528; MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 544, Rn. 40.

gesetzliche Definition³²⁵ verstanden, und zwar als *„die gegenüber Dritten bewusst wahrheitswidrig aufgestellte Behauptung von Tatsachen, die geeignet sind, die betroffene Gruppe in ihrer Geltung und in ihrem Ansehen herabzuwürdigen“*³²⁶. Wie es sich aus der Analyse des Nr. 2 ergibt, sind die benannte Handlungen schon aufgrund anderer Vorschriften als Delikte gegen die Ehre (§ 185 StGB Beleidigung; § 186 StGB Üble Nachrede; § 187 StGB Verleumdung) strafbar. Um den Tatbestand des § 130 StGB zu erfüllen, müssen diese Handlungen einen Angriff auf die Menschenwürde darstellen³²⁷. Wie oben bereits erwähnt liegt ein Angriff auf die Menschenwürde vor, wenn die Handlung *„den Mensch im Kern seiner Persönlichkeit trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als unterwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht in der Gemeinschaft bestritten wird“*³²⁸. Es wird genauer aufgeführt, dass die so gemeinte Menschenwürde eine viel mehr sozialbezogene Bedeutung hat, indem *„die Personalität jedes Menschen im Sinne der*

³²⁵ Gemäß § 187 StGB verleumdet derjenige, der *„wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist“*. Es wird betont, dass das Verhältnis des Verleumdens des § 130 StGB zur Verleumdung gemäß § 187 StGB eine vollständige Übereinstimmigkeit ausschließt. Vgl. MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 545, Rn. 41, insbesondere Fn. 180.

³²⁶ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5c, S. 1528

³²⁷ Zur einschränkende Funktion des Angriffs auf die Menschenwürde vgl. BVerfGE 87, 228.

³²⁸ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 6, S. 1528.

Selbstbestimmung und seiner Gemeinschaftsbezogenheit (Sozialität) im Sinne des Angewiesenseins auf Kommunikation sind darin eingeschlossen“³²⁹.

2.1.4. Die Begehungsweise: das Verhältnis zum §. 130, Abs. 2, StGB („Schriftenverbreitungstatbestand“).

Die Volksverhetzung gemäß § 130, Abs. 1 StGB ist ein Äußerungsdelikt, d.h. dass es durch „Äußerungen“ begangen wird. Die Frage nach der relevanten „Weise“ der Äußerung lässt sich durch zwei Voraussetzungen beantworten, die durch ein Vergleich zwischen des ersten zwei Absätzen des § 130 StGB verstanden werden können. Die erste Voraussetzung ist eine „negative“ Voraussetzung, die beschreibt, wie diese Äußerung nicht sein muss, damit der Tatbestand des Abs. 1 erfüllt sein kann. Das ergibt sich aus der Verbindung des Abs. 1 mit dem Abs. 2 des § 130 StGB. Der Abs. 2 – der s.g. „Schriftenverbreitungstatbestand“³³⁰ – ist zum großen Teil strukturell dem Tatbestand des Abs. 1 gleich. Von beiden Normen sind die gleiche inhaltliche Äußerungen verboten³³¹. Unterschiedlich ist aber nur die Weise der

³²⁹ LOHSE V., „*Türken ist der Zutritt verboten*“ – Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, in NJW, 1985, Heft 29, S. 1679.

³³⁰ BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 234, Rn 32; BGHSt. 36, 370.

³³¹ D.h. (1.) gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordern oder (2.) die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass der Täter eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem

Begehung. Der Abs. 2 setzt insbesondere voraus, dass der Täter sich durch Schriften (Abs. 1, Nr. 1 und 3) und durch Rundfunk oder Telemedien (Abs. 2, Nr. 2) äußert³³². Für die Beschreibung des Merkmals „Schriften“ wird der allgemeine gesetzliche vom § 11 Abs. 3 StGB erläuterte Begriff verwendet, aufgrund dessen Schriften „*Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und Andere Darstellungen*“ gleich stehen³³³. Außerdem müssen diese Äußerungen verbreitet, der Öffentlichkeit zugänglich gemacht oder einer Person unter achtzehn Jahren angeboten, überlassen oder zugänglich gemacht. Wenn die Tat so begangen wird, ist sie mit einem milderem Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) als der von Abs. 1 vorgesehener Tatbestand (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren) gedroht. In Ergebnis unterscheiden sich die Tatbestände des Abs. 1 und 2 aufgrund des Mittels und der Adressaten der Äußerung. Daher bleibt zur Verwirklichung des Abs. 1 nur die Äußerungen, die mündlich oder körperlich in Anwesenheit (nicht durch Rundfunk und Telemedien) gemacht werden, es sei denn, Schriften mit

Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet.

³³² Bis zur Reform des Jahres 2015 hat die strafbare Handlung des heutigen Abs. 2, Nr. 2 des § 130 StGB „Darbietung“ betroffen. In der heute geltende Fassung des Abs. 2 ist aber „Inhalt“ zu lesen. Abgesehen davon, dass in der parlamentarischen Diskussion die Änderungen des § 130 StGB als „redaktionelle Bereinigung“ bezeichnet wurden (BT-Drucks. 18/2601, S. 16), scheint der Begriff „Inhalt“ weiter als „Darbietung“ auszulegen. Dadurch wären die Rundfunk- bzw. Telemedienübermittlungen für ihre objektive volksverhetzenden Inhalte viel mehr als für die Weise der Darbietung solcher Inhalte zu berücksichtigen.

³³³ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 548, Rn. 55.

volksverhetzenden Inhalt innerhalb eines engen Kreises volljähriger Personen mit Ausschluss der Verbreitung gegeben werden. Die zweite Voraussetzung ist eine „positive“ Voraussetzung, indem sie ein erforderliches zusätzliches Merkmal zur Erfüllung des § 130, Abs. 1, StGB darstellt. Es geht um die s.g. Eignungsklausel, die dem § 130 StGB den Charakter von „Gefährlichkeitsdelikt“ zuspricht³³⁴. Sie wird unter zwei Aspekten verstanden: einerseits in objektivem Sinne, als Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenleben der Bürger; andererseits in subjektivem Sinne, als Bewusstsein der Bevölkerung, im Ruhe und Friede zu Leben³³⁵. Anders als in § 126 StGB (Störung der öffentlichen Friede durch Androhung von Straftaten) werden die Begriffe Rechtssicherheit und befriedetes Zusammenleben weiter ausgelegt. Das zu berücksichtigen Gefahr besteht nicht unbedingt aus möglichen Gewalttätigkeiten, sondern schon im Vorfeld von Aggressionsbereitschaft aus einer „Klimavergiftung“, indem den Angehörigen besonderer Gruppen pauschal der sittliche, personale oder soziale Geltungswert abgesprochen wird³³⁶. Die Prüfung der Eignung der Handlung zur Störung der öffentlichen Friede wird aus der Basis von verschiedenen Kriterien, insbesondere Inhalt und Intensität des Angriffs, die Empfänglichkeit der Öffentlichkeit (insbesondere von Jugendlichen), die Sensibilität der betroffenen Gruppe dafür und ihre mehr

³³⁴ S.o., § 3.1.1.

³³⁵ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 536, Rn. 16.

³³⁶ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 10, S. 1530.

oder minder gefährdete Position in der Gesellschaft³³⁷. Es ist zu merken, dass beim Abs. 2 kein Bezug auf der Gefährlichkeit der Tathandlung vorliegt, so dass den Schriftenverbreitungstatbestand weitgehend abstraktes Gefährdungsdelikt gehalten wird³³⁸. Im Ergebnis scheint es ersichtlich und merkwürdig, dass den Tatbestand von Abs. 1 ganz wenige Sachverhalte erfüllen können, die trotz des viel begrenzter Mittel für die Äußerung – wie gesagt mündlich oder körperlich in Anwesenheit (nicht durch Rundfunk und Telemedien), es sei denn, Schriften mit volksverhetzenden Inhalt innerhalb eines engen Kreises volljähriger Personen gegeben werden – geeignet sein müssen, ein höheres Gefahr für die öffentliche Friede hervorzurufen, als das Gefahr, das von der objektiven Geeignetheit der von Abs. 2 vorgesehene Mittel – insbesondere Rundfunk- und Telemedien – hervorgerufen werden kann. Zuletzt fällt noch aus, dass die zwei Tatbestände der ersten zwei Absätzen des § 130 StGB beide Vergehen in Sinne des § 12 Abs. 2 StGB³³⁹ sind und daher ist nach § 23 StGB der Versuch nur dann strafbar, wenn es das Gesetz ausdrücklich bestimmt. Gemäß Abs. 6 des § 130 StGB wird der Versuch lediglich für den wenig schwer Schriftenverbreitungstatbestand (in den Fälle der Nr. 1 und 2) und nicht auch für den schwereren³⁴⁰ Tatbestand des Abs. 1 vorgesehen. Dieser gesetzgeberischer Wahl könnte man dadurch erklärt

³³⁷ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 10, S. 1530

³³⁸ BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 234, Rn 32

³³⁹ Bei beiden Tatbestände liegt nämlich der Mindermaß der Strafe unter einem Jahr.

³⁴⁰ Die Schwere des Tatbestand wird hier mit Bezug auf die oberen Grenzen der Strafrahmen.

werden, dass es Abs. 1 strukturell bereits eine Art von Versuch darstellt, da die Prüfung der Eignung der Tathandlung zur Störung der öffentlichen Friede – d.h. Tauglichkeit zur Gefährdung der öffentlichen Friede – einer Prüfung des „unmittelbar Ansetzens zur Verwirklichung der Tat“ (§ 22 StGB) gleichgesetzt werden könnte. Infolge dessen wäre ein Versuch des Vergehens des § 130 Abs. 1 StGB nicht leicht vorstellbar³⁴¹.

2.1.5. Der subjektive Tatbestand.

Die Straftatbestände des § 130 Abs. 1 und 2 StGB erfordern mindestens den bedingten Vorsatz hinsichtlich jedes vorgesehenen Tatbestandmerkmal³⁴². Zusätzlich ist auch einen besonderen Absicht bei dem zielgerichteten Handeln – insbesondere „zum Hass aufstacheln“ und „zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen auffordern“ (Abs. 1) „Absicht, Schriften zu verbreiten“ (Abs. 2, Nr. 3) – erforderlich³⁴³. Zur Erfüllung des Tatbestand des Abs. 1 ist noch (mindestens bedingter) Vorsatz – nicht aber Absicht – bezüglich der Eignung zur Störung der öffentlichen

³⁴¹ Die Einführung des Versuchs der genannte Handlungen hätte eigentlich den Widerspruch beseitigen, „wonach zwar gewisse Vorbereitungshandlungen strafbar sind“, wie z. B. die von Nr. 3 des Abs. 2 vorgesehene Handlungen (Herstellung, Lieferung, Bewerbung von Schriften, usw.), „nicht aber der Versuch als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung“. Vgl. BT-Drucks. 18/2601, S. 25.

³⁴² BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 233, Rn 29; MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 554, Rn. 78.

³⁴³ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 24, S. 1535.

Friede erforderlich³⁴⁴. Beim Abs. 2 ist vom Täter die Kenntnis bezüglich des Inhalts der Schriften erforderlich³⁴⁵.

2.1.6. Homophobische hetzende Sachverhalte in der Rechtsprechung

Die Anwendung des § 130 StGB zum Schutz von LGBT-Menschen ist der Praxis bekannt. Ein erstes Beispiel stellt das am 13.9.1994 erlassene Urteil des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten dar, das zwei Politiker wegen Volksverhetzung verurteilt hat. Nach Presseberichten hatten der Vorsitzende der Fraktion der Republikaner in der Friedrichshainer Bezirksverordnetenversammlung Detlef Mahn und sein Parteifreund Manfred-Ulrich Voigt an Gesundheitssenator Peter Luther (CDU) ein Schreiben geschickt, das unter anderem den Satz „Wenn sie [die Homosexuellen, Anm. d. Verf.] in ihrem Kämmerlein bleiben, tut Ihnen niemand was“. Die Staatsanwaltschaft hat das Schreiben so ausgelegt, dass damit Homosexuelle zum „Freiwild“ erklärt werden³⁴⁶. Man muss hervorheben, dass einerseits die damals geltende Fassung des § 130

³⁴⁴ MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 554, Rn. 78; STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 24, S. 1535.

³⁴⁵ BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 237, Rn 40; MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 2/2, S. 554, Rn. 79.

³⁴⁶ *Geldstrafe wegen Volksverhetzung verhängt. Reps erklärten Schwule zum Freiwild*, Berliner Zeitung, 14.09.1994, abrufbar unter <http://www.berliner-zeitung.de/geldstrafen-wegen-volksverhetzung-verhaengt-reps-erklaerten-schwule-zum-freiwild-17454202> (zuletzt am 23.07.2016 abgerufen).

StGB noch nicht von der Reform des 1994 gehändert wurde und daher noch kein Schriftenverbreitungstatbestand anzuwenden war; andererseits war das Merkmal der Eignung zur Störung der öffentlichen Frieden erforderlich. Laut Bericht hatte das Gericht festgestellt, dass die Angeklagten „das Lebensrecht der Homosexuellen als gleichwertige Menschen angegriffen“ (Angriff auf die Menschenwürde) haben; klar ist es aber nicht, aus welcher Basis das Eignungsmerkmal als erfüllt gehalten wurde. Aus der Politik stammt ein weiterer Fall.

Im Militaria Laden des NPD-Landeschefs Sebastian Schmidtke wurde im März 2012 von der Polizei ein Alu-Koffer mit zahlreichen CDs beschlagnahmt, die hetzerische Lieder gegen Juden, Asylbewerber, Ausländer und Homosexuelle enthielten³⁴⁷. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft waren die CDs als „Schriften“ zu verstehen und angeblich waren sie vorrätig gehalten, um verkauft zu werden. Deshalb wurden die Voraussetzungen des § 130, Abs. 2 Nr. 3 als erfüllt angesehen. Aus diesem Grund wurde Schmidtke vom Amtsgericht Berlin wegen Volksverhetzung zu acht Monaten Freiheitsstrafe verurteilt³⁴⁸.

³⁴⁷ *Berlins NPD-Chef Schmidtke wegen Volksverhetzung vor Gericht*, Der Tagesspiegel, 13.11.2013, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/polizei-justiz/koffer-mit-braunen-hetz-cds-berlins-npd-chef-schmidtke-wegen-volksverhetzung-vor-gericht/9069306.html> (zuletzt am 23.07.2016 abgerufen).

³⁴⁸ *Berliner NPD-Chef Schmidtke wegen Volksverhetzung verurteilt*, Der Tagesspiegel, 16.05.2014, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/polizei-justiz/wahlkampf-auf-schulhoefen-berliner-npd-chef-schmidtke-wegen-volksverhetzung-verurteilt/9905612.html> (zuletzt am 23.07.2016 abgerufen). Das

Eine weitere Verurteilung wegen Volksverhetzung ist am 23.03.2015 gefallen. Das Amtsgericht Grevesmühlen sah es als erwiesen an, dass der NPD-Landtagsabgeordnete David Petereit im Juli 2013 über einen von ihm betriebenen Online-Handel eine CD zum Kauf angeboten hatte, auf der, unter anderen, Homosexuellen beleidigt waren³⁴⁹. Auch im vorliegenden Fall handelt es sich um „vorrätig halten“ zum Zweck der Verbreitung (Online-Verkauf) von „Schriften“ (hetzerische CDs) und dadurch ist der § 130 Abs. 2 Nr. 3 StGB erfüllt.

Interesse erregen auch Fälle, bei denen man zu keiner Verurteilung bzw. zur Einstellung des Verfahrens gekommen ist. Das Amtsgericht Detmold hat sich mit einem Sachverhalt auseinandergesetzt, der ein Mitglied des Stadtrates Detmold betroffen hat. Dem CDU-Politiker Hendrik Schnelle wurde vorgeworfen, in einem Lokal abfällige Äußerung über Homosexuelle – „sollen vergast werden“ –und rassistische Äußerungen über Schwarze gemacht zu haben³⁵⁰. In diesem Fall war § 130 Abs. 1

genannte Urteil wurde aber vom Landgericht Berlin am 20.01.2016 aufgehoben, da nicht eindeutig bewiesen war, dass der Angeklagte Kenntnis des Inhalts des Alu-Koffer hatte. Vgl. *Sebastian Schmidtke vom Vorwurf der Volksverhetzung freigesprochen*, Der Tagesspiegel, 20.01.2016, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/berlin/berliner-npd-chef-sebastian-schmidtke-vom-vorwurf-der-volksverhetzung-freigesprochen/12858770.html> (zuletzt am 23.07.2016 abgerufen).

³⁴⁹ *Geldstrafe: NPD-Abgeordneter wegen Volksverhetzung verurteilt*, Spiegel-Online, 23.02.2015, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/npd-david-petereit-wegen-volksverhetzung-zu-geldstrafe-verurteilt-a-1020089.html> (zuletzt am 23.07.2016 abgerufen).

³⁵⁰ *Stadtrat lästerte über Schwule – Anklage*, RP-Online, 11.06.2001, abrufbar unter, <http://www.rp->

StGB einschlägig, der Angeklagte wurde aber freigesprochen, da vermutlich nach Auffassung des Gerichts die Tathandlung an Vorsatz hinsichtlich der Eignung zur Störung der öffentlichen Friede fehlte. Nämlich wurde es festgestellt, dass die Äußerung nicht bewusst in der Öffentlichkeit gemacht wurde³⁵¹.

Einen letztlich unter Achtung der Verfolgungsbehörden geratenen Sachverhalt stellt die Äußerungen dar, die von der Bundesvorsitzenden der Partei „Christliche Mitte – Für ein Deutschland nach Gottes Gebot“ (CM) Adelgunde Mertensacker gemacht wurden. Während des Bundeswahlkampfes 2009 in Deutschland wurden von der CM-Chefin Flugblätter verfasst und verbreitet, auf den u.a. angegeben wurde, *„Homos haben mehr als sechs Millionen Aids-Tote zu verantworten, die sie ihrer widernatürlichen Lustbefriedigung geopfert haben“*, *„Homosexualität ist heilbar“*, die *„sogenannte homosexuelle Liebe“* sei lediglich ein *„egozentrischer Missbrauch des Partners“*³⁵². Die Strafanzeige hatte aber keinen Erfolg, da die Staatsanwaltschaft Münster das Verfahren eingestellt hat. In einem Brief an dem Strafantragsteller ist der Verfolgungsbehörde davon ausgegangen, dass der Tatbestand des § 130 StGB (vermutlich Abs. 2 Nr. 1) nicht erfüllt sei, da es sich um keine Herabsetzung der Person oder Gruppe, sondern um

online.de/politik/stadtrat-laesterte-ueber-schwule-anklage-aid-1.2250628 (zuletzt am 24.07.2016 abgerufen).

³⁵¹ Urteil: *„Homosexuelle vergasen“ – keine Verurteilung*, Der Tagesspiegel, 14.09.2001, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/urteil-homosexuelle-vergasen-keine-verurteilung/256144.html> (zuletzt am 24.07.2016 abgerufen).

³⁵² Christliche Mitte: *„Homosex ist keine Liebe“*, Queer.de, abrufbar unter http://www.queer.de/detail.php?article_id=19583 (zuletzt am 24.07.2016 abgerufen).

eine von Art. 5 GG gerechtfertigte Äußerung handelt³⁵³. Man könnte aber noch merken, dass die Staatsanwaltschaft keine ausdrückliche Stellung über die Aussage „*Homos haben mehr als sechs Millionen Aids-Tote zu verantworten, die sie ihrer widernatürlichen Lustbefriedigung geopfert haben*“ genommen, die als volksverhetzende Verleumdung angesehen werden könnte. Darüber könnte man aber zugeben, dass es viel mehr als um eine Verleumdung bezüglich des falschen Inhalt der Äußerung um eine bloße Pauschalisierung handelt.

3.2. Vorurteil als niedriger Beweggrund von Mord (§ 211 StGB).

Das Vorurteil gegen LGBT-Menschen kann sich nicht nur in Form einer volksverhetzenden Äußerung sondern auch in Form einer bereits unter Strafe gestellten Tat zum Ausdruck kommen. Im deutschen Strafrecht ist es in erster Linie der Fall des Mordtatbestand, wobei aufgrund des Wortlauts der Vorschrift das Vorurteil betrachtet und daher der Mord in besonderen Fällen als „Hate Crime“ berücksichtigt werden kann.

3.2.1. Die Tötungsdelikte.

Der Mordtatbestand befindet sich im 17. Abschnitt des besonderen Teils des Strafgesetzbuches, wo die Straftaten gegen das Leben eingeordnet sind. Der Mord (§ 211 StGB)

³⁵³ „Mit ihren Thesen gegen Homosexualität (...) die Beschuldigte (...) zielt in teils aggressiver, teils polemischer Form auf diese von ihrer Partei negativ beurteilte sexuelle Orientierung“, so STAATSANWALTSCHAFT MÜNSTER, Antwortschreiben vom 31.07.2013, abrufbar unter <http://www.queer.de/docs/antwort-auf-straftanzeige-christliche-mitte.pdf> (zuletzt am 24.07.2016 abgerufen).

ist der erste der zwei allgemeinen Tatbestände zur vorsätzlichen Tötung eines Menschen, neben dem gleich danach folgenden Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB). Aus der Formulierung der zwei Vorschriften würde sich ergeben, dass Totschlag und Mord in einem Subsidiaritätsverhältnis zueinander stehen, indem § 212 StGB³⁵⁴ nur dann anzuwenden sein, wenn die Tötungshandlung nicht die Voraussetzungen des § 211 StGB erfüllt. Aus diesem Grund sind nach weitgehender Auffassung der Rechtsprechung Mord und Totschlag zwei eigenständige Straftatbestände, da der Totschlag ein Merkmal des Mordes sei³⁵⁵. In der Lehre wird dagegen als herrschende Meinung vertreten, dass der Mord eine qualifizierte Form des Totschlags sei³⁵⁶. Der § 211 StGB ist nämlich so formuliert:

*„(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
(2) Mörder ist, wer
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes,
aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,*

³⁵⁴ „Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft“.

³⁵⁵ Vgl. z.B. BGHSt 36, 231; BGHSt 3, 133; dazu TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 1303, Rn. 3.

³⁵⁶ JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 59, Rn 1; TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 1304, Rn. 4; RENGIER R., *Strafrecht Besonderer Teil II*, Beck, München, 16. Auflage, 2015, S. 14, Rn. 1-2, wo hervorgehoben wird, dass es bei Betrachtung des § 211 StGB als eigenständiger Tatbestand zur Anwendung des § 28 Abs. 1, StGB und daher zu unbefriedigenden Ergebnissen führe.

*heimtückisch oder grausam oder mit
gemeingefährlichen Mitteln oder
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu
verdecken,
einen Menschen tötet“.*

Davon ergibt sich, dass Totschlag und Mord die Tathandlung – das Verursachen des Todes eines Menschen – gemeinsam haben, und dass es bei Begehung des Mordes das Vorliegen weiterer Merkmale erforderlich ist, die als Qualifikationsmerkmale des Totschlags dienen. Die folgende Betrachtung geht von diesem zuletzt dargestellten Ansicht aus.

3.2.2. Die Mordmerkmale und „niedrige Beweggründe“.

Die von § 211 StGB vorgesehene Qualifikationsmerkmale werden üblicherweise in zwei Gruppen geteilt, objektive (tatbezogene) Merkmale, die die Art und Weise der Begehung der Tat – insbesondere „heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln“ – betreffen, und die subjektive (täterbezogene) Merkmale, die die Beweggründe des Täters (Mordlust, Habgier) bzw. die vom Täter durch die Tat verfolgten Zwecke (Befriedigung des Geschlechtstriebes, Ermöglichung oder Verdeckung von Straftaten) entsprechen³⁵⁷. Für der Betrachtung des Mord als „Hate Crime“ sind insbesondere die subjektive Merkmale zu berücksichtigen, und zwar die Beweggründe des Täters. Ob es Vorurteile gegen Einzelnen aufgrund deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe ein niedriger Beweggrund darstellt, ist

³⁵⁷ RENGIER R., *Strafrecht Besonderer Teil II*, a.a.O., S. 16, Rn. 6-7; JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 60, Rn 2.

hier zu prüfen. Der Ausdruck „sonst aus niedrigen Beweggründe“ bezeichnet weitere Beweggründe als die bereits von § 211 StGB erwähnte – und deshalb niedrige – Tatmotiven³⁵⁸. Das Merkmal könnte aber in einem sehr weitem Sinne ausgelegt werden, da kein Einschränkungselement vorgesehen ist. Aus diesem Grund hat sich das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des § 211 StGB bezüglich des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103, Abs. 2, GG) auseinandergesetzt und für eine sehr enge Auslegung des Merkmal entschieden. Es ist davon ausgegangen, dass für den Mord ausschließlich die höchste Strafe (lebenslange Freiheitsstrafe) verhängbar sei und daher müssen nur diejenige Tathandlungen als Mord bezeichnet werden, die sich wegen der Schwere der Tat und des Maßes der Schuld in Bezug auf die Strafe verhältnismäßig erweisen³⁵⁹. Die Bedeutung der Ausdruck „niedriger Beweggrund“ ist deshalb in einem restriktiven Sinne verstanden als ein *„Beweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch ungehemmte, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist“*³⁶⁰. Diese Definition ist aber nicht ohne Kritik angenommen, da das Element der „sittlichen Wertung“ noch zur Unbestimmtheit des Merkmal führen kann und darüber hinaus würde seine Bestimmung von den sittliche Auffassungen der Tatrichter abhängig sein³⁶¹. Dieser

³⁵⁸ Vgl. JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 75, Rn. 25.

³⁵⁹ BVerfGE 45, 187, 259 ff.; Vgl. TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 1303, Rn. 2.; LANG K., *Vorurteilskriminalität*, Nomos, a.a.O., S. 140.

³⁶⁰ BGHSt. 3, 132; BGHSt. 42, 226.

³⁶¹ LANG K., *Vorurteilskriminalität*, Nomos, a.a.O., S. 140.

Einwand wird aber dadurch überholt, dass diese „sittliche“ Bewertung auf einer rechtliche Argumentation verankert werden muss³⁶². Diese wird weithin „in der dem Lebensschutz Sinn gebenden Gewährleistung von Freiheit und Selbstentfaltung auf der Grundlage der Achtung des personalen Eigenwerts jedes Einzelnen“ angesehen³⁶³. Die personale Missachtung des Eigenwerts des Opfers steht dem Begriff „Angriff auf die Menschenwürde“ nah, der – wie oben bereits erwähnt³⁶⁴ – dann vorliegt, wenn er „den Mensch im Kern seiner Persönlichkeit trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als unterwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht in der Gemeinschaft bestritten wird“³⁶⁵. So wird die sittliche Bewertung der Beweggründe auf die Menschenwürde geknüpft und dadurch kann man noch über die Verfassungsmäßigkeit des Merkmals kaum bezweifeln³⁶⁶. Die Einstufung eines Beweggrunds als niedrig beschränkt sich nicht auf die inneren Überzeugungen des Täters, was zu einem Gesinnungsstrafrecht führen würde. Sie muss aber aus einer Gesamtwürdigung der Umstände erfolgen, indem die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit zu berücksichtigen sind³⁶⁷. Daher

³⁶² Ebenda.

³⁶³ JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 75, Rn. 26.

³⁶⁴ S.o., § 3.1.3.

³⁶⁵ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 6, S. 1528.

³⁶⁶ Vgl. REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, a.a.O., S. 42.

³⁶⁷ WESSELS J.-HETTINGER M., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Müller, Heidelberg, 33. Auflage, 2009, S. 31, Rn. 95; RENGIER R., *Strafrecht Besonderer Teil II*, a.a.O., S. 21, Rn. 16;

können auch Vorurteile als Tatantrieb eines Mordes als niedrige Beweggründe eingeordnet werden. Nach Rechtsprechung und Schrifttum liegt eine personale Missachtung des Eigenwerts des Opfers vor, wenn der Täter das Opfer „aus Rassenhass“³⁶⁸ oder „Ausländerfeindlichkeit“³⁶⁹ tötet³⁷⁰. Obwohl in der Rechtsprechung am häufigsten rassistische und ausländerfeindliche Vorurteile aufgetaucht sind, schließt es nicht aus, dass auch Vorurteile gegen LGBT-Menschen als niedrige Beweggründe hinsichtlich eines Mordes qualifiziert werden können, solange sie aus einer Gesamtwürdigung des Sachverhaltes – Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit – darauf schließen lassen, dass die Tat eine personale Missachtung des Eigenwerts des Opfers darstellt. Darüber hinaus wird noch von der Rechtsprechung hervorgehoben, dass nicht nur das eigene Vorurteil des Täters, sondern auch das Zueigenmachen der Vorurteile Anderer in Betracht kommen, denen er durch die Tat imponieren will³⁷¹. Schließlich kann man behaupten, dass es durch das

TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 1308, Rn. 9c.

³⁶⁸ BGHSt. 18, 37

³⁶⁹ BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. V. 12.1.2000 – 3 BJs 47/99-4 (22), NJW 2000 1583.

³⁷⁰ JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 75, Rn. 27; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, S. 906, Rn. 5a; TRÖDLER/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 53. Auflage, S. 1309-1310, Rn. 11a.

³⁷¹ BGHSt., Urteil v. 9.12.1998 – 5 StR 569/98 (LG Neuruppin), NStZ, 1999, S. 129; BGHSt., Urteil v. 7.9.1993 – 5 StR 455/93 (LG Neuruppin), NStZ, 1994, S. 124; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, S. 906, Rn. 5a.

von der Rechtsprechung so ausgelegte Merkmal „niedere Beweggründe“ alle mögliche „Hate Crime“-Morde erfasst sind und somit auch die s.g. „Thrill-motivated“-Morde³⁷², wobei viel mehr als das Vorurteil gegen eine Gruppe das „Imponiergehabe“ als besonders verwerflicher Grund angesehen wird.

3.2.3. Subjektiver Tatbestand.

Auf der subjektiven Ebene ist es beim Mord mindestens bedingter Vorsatz hinsichtlich jedes Elements der Tathandlung sowie jedes in Betracht kommenden Qualifikationsmerkmale erforderlich. Während die Prüfung des subjektiven Tatbestand bei der Tathandlung ziemlich unproblematisch scheint, erfordert besondere Achtung die Prüfung des Vorsatzes bezüglich der subjektiven Mordmerkmale, insbesondere der analysierten „niedrigen Beweggründe“. Es geht nämlich um sittliche Bewertung, die aus der Perspektive des Täters zu einem von der Rechtsordnung abweichenden Ergebnis in der Regel führt. Zuerst muss der Täter die Umstände kennen, welche die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen³⁷³. So ist es nicht verlangt, dass der Täter die (niedrige) Bewertung der Rechtsordnung über seine Beweggründe überhaupt kennt, er muss aber in der Lage sein, sie vornehmen zu können³⁷⁴. Darüber hinaus muss noch der Täter die Bedeutung seiner Beweggründe für die Tat erfasst haben, d.h. dass seine Tathandlung keine Folge

³⁷² S.o., Kapitel 1, § 3.2.1.1.

³⁷³ JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 80, Rn. 33.

³⁷⁴ JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 80, Rn. 33.

unbewusster Handlungsantriebe sein darf³⁷⁵. Die Rechtsprechung geht vom Schuldprinzip aus, indem aufgeführt wird, dass „soweit gefühlmäßige oder triebhafte Regungen wie Gereiztheit, Wut, Zorn sein Handeln angetrieben haben“, es ihm möglich gewesen sein muss, „sie bedenklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern“³⁷⁶. Formell ist das Schuldprinzip gewährleistet, aber das Problem ist so auf die Ebene der Beweismöglichkeit verschoben, die die Freiheit des Handels des Täters trotz der gefühlsmäßigen oder triebhaften Regung betrifft.

3.3. Beweggründe, Ziele und Strafzumessung (§ 46 StGB).

Im deutschen Strafrecht können Vorurteile – und insbesondere homophobische Vorurteile – als Beweggrund einer Tat für jeden Straftatbestand berücksichtigt werden, da sie bei der Strafzumessung eine wichtige Rolle spielen. Dafür spricht § 46 StGB, der die allgemeine Rechtsgrundlage bezüglich der Strafzumessung darstellt. In jüngster Zeit ist die erwähnte Vorschrift geändert worden, indem menschenfeindliche Beweggründe als relevante Umstände zur Strafzumessung ausdrücklich eingeführt worden sind, und deshalb hat § 46 StGB eine größere Relevanz für die Bekämpfung von Vorurteils kriminalität in Deutschland gewonnen.

³⁷⁵ BGH, Beschl. v. 8.1.1993 – 3 StR 568/92 (LG Mönchengladbach), NStZ 1993, S. 281.

³⁷⁶ Ebenda. Vgl. noch JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., S. 80, Rn. 33

3.3.1. Kriminalpolitische Bedeutung des § 46 StGB.

Gemäß § 46, Abs. 1 Satz 1 StGB ist die Schuld des Täters „*Grundlage für die Zumessung der Strafe*“. Dadurch wird ausdrücklich angesetzt, was bereits von der Auslegung des Grundgesetzes abzuleiten ist: dass Schuld und Strafe einander entsprechen müssen, ergibt sich insbesondere aus der Würde (Art. 1, Abs. 1, GG) und der Eigenverantwortlichkeit (Art. 2, Abs. 1, GG) des Menschen sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 und 28 GG)³⁷⁷. Umstritten ist es aber, wie die Strafe tatsächlich gemessen, insbesondere an welche kriminalpolitischen Grundsätze die Strafzumessung angelehnt werden muss, d.h. in welchem Verhältnis zum Zweck der Strafe stehen muss. Ein erster Hinweis ist § 46, Abs. 1 Satz. 2, StGB zu entnehmen, nach dessen Wortlaut die Wirkungen zu berücksichtigen sind, „*die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind*“. Diese Vorschrift legt die herrschende Meinung als eindeutigen Ausdruck der Spezialprävention aus³⁷⁸; das schließt aber nicht aus, dass auch generalpräventive Gedanken hinter die Praxis des Strafzumessung stehen dürfen. In der Tat sind von der Rechtslehre insbesondere Vereinigungstheorien vertreten, wobei die gleichzeitige Verfolgung von spezial- und generalpräventive Strafzwecke nicht als unvereinbar angesehen werden, da

³⁷⁷ REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, a.a.O., S. 151; SEEHAFFER S., *Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/fremdfeindlich motivierte Gewalttaten – Das amerikanische „hate crime“ Konzept und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem*, Berlin, 2003, S. 83; FRANKE U., § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 1, S. 1627, Rn. 11.

³⁷⁸ THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1072, Rn. 19.

eventuelle Konflikte in konkreten Fällen genau auf der Ebene der Strafzumessung abgewogen werden können³⁷⁹. In der Rechtsprechung wird der Ansicht vertreten, dass die Strafzumessung in erster Linie zum Schuldausgleich dienen muss³⁸⁰; es ist aber nicht verkannt, dass sie auch generalpräventive Zwecke verfolgen kann³⁸¹: die zuletzt genannten Zwecke werden aber als nachrangig bezüglich der Funktion des Schuldausgleichs angesehen.

3.3.2. Vorgang der Strafzumessung.

Wie der Richter am Ende des Strafverfahrens zur Feststellung einer angemessenen Strafe kommen muss, ist umstritten, aber weitgehend wird von dem Schrifttum zugestimmt, dass dieser Vorgang in eine Folge von mindestens drei Stufen ausgeführt werden muss³⁸². Zuerst muss der Richter die Umstände ermitteln, welche zur Strafzumessung dienen können, d.h. dass sie im Strafverfahren bewiesen werden müssen, um bewertet werden zu dürfen³⁸³. Danach muss der Richter die Strafraumen auswählen, auf die er sich beziehen wird. Das kann grundsätzlich eine leichte Aufgabe sein, es sei denn ein Straftatbestand einen „besonderen schwereren bzw.

³⁷⁹ FRANKE, § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 1, S. 1628, Rn. 14.

³⁸⁰ BGH, Urteil v. 16.03.1988, 3 StR 62/88; BGH, Urteil v. 23.07.1991, 5 StR 268/91.

³⁸¹ BGH, Urteil v. 08.12.1970, 1 StR 353/70; BGH, Urteil v. 10.08.1993, 5 StR 462/93.

³⁸² FRANKE, § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 1, S. 1631, Rn. 20. Die Phase der Strafzumessung werden von einigen Autoren aber sogar bis zu sieben verteilt. Vgl. MEIER B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg, 2015, S. 165 ff.

³⁸³ Ebenda, Rn. 21.

milderen Fall vorsieht. In diesem Zusammenhang muss sich der Richter zuerst über die Schwere des Falles entscheiden, was bereits eine Abwägung der Umstände der Tat voraussetzt und es ihn zur Auswahl eines spezifischen Strafrahmens führen wird³⁸⁴. Zuletzt kommt der Richter zur tatsächlichen Aufgabe der Strafzumessung (in engem Sinne), wobei er sich für einen bestimmten Maß der Strafe innerhalb der unteren und oberen Grenze des ausgewählten Strafrahmen entscheiden muss³⁸⁵. Dafür gibt § 46, Abs. 2, Satz 1 StGB einen wichtigen Hinweis, indem er vorsieht, dass die Umstände gegeneinander abgewogen werden müssen, die für und gegen den Täter sprechen. Daraus ergibt sich, dass es von einer Mehrheit von Bewertungen hinsichtlich einzelner Umstände zu einem einzelnen Ergebnis kommen muss³⁸⁶. Viel mehr als „wie“ die Umstände der Tat bewertet werden müssen, ist für die vorliegende Betrachtung entscheidend, „welche“ Umstände für die Strafzumessung zu berücksichtigen sind.

3.3.3. Strafzumessungstatsachen.

Aus § 46 Abs. 3 StGB ist ein negativer Hinweis herauszuziehen, indem es vorgesehen wird, welche Umstände nicht berücksichtigt werden müssen. Es geht um die *„Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen*

³⁸⁴ Ebenda, S. 1632, Rn. 22.

³⁸⁵ Ebenda, S. 1633, Rn. 23.

³⁸⁶ THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1084, Rn. 59. Dabei wird auch unterstrichen, dass darüber keine einheitliche Auffassung vertreten ist, ob die in Betracht kommende Umstände vereinzelt oder insgesamt gewürdigt werden müssen.

*Tatbestands sind*³⁸⁷. Es geht nämlich um das „Doppelverwertungsverbot“, das dem Gedanken entspricht, tatbestandsmäßige Umstände seien bereits zur Feststellung des Strafrahmens bewertet und daher müssen sie nicht noch mal weder zugunsten noch zulasten des Täters berechnet³⁸⁸. Dagegen bleibt ein sehr weiter Umfang von Umständen zu bewerten, für deren Auswahl der Wortlaut vom § 46 Abs. 2 StGB hilfreich ist, indem er eine nicht abschließende Auflistung von Beispiele bietet, die als Maßstab der Einziehung weitere zu bewertende Umstände dient³⁸⁹. Von einer näherer Betrachtung der einzelnen aufgelisteten Umstände kann man grundsätzlich subjektive (Beweggründe und Ziele des Täters, aus der Tat sprechenden Gesinnung) bzw. objektive (Art der Ausführung und verschuldeten Auswirkungen der Tat) Umstände anerkennen. Für die Berücksichtigung von menschenverachtenden Vorurteilen bei Straftaten haben ersichtlich eine erhebliche Bedeutung die subjektiven Umstände, insbesondere die Beweggründe und Ziele des Täters.

3.3.3.1. Beweggründe und Ziele des Täters.

Als Beweggründe und Ziele werden grundsätzlich Ursache und Anreize für die Tat sowie Motive in weitesten Sinne

³⁸⁷ THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1084, Rn. 58.

³⁸⁸ FRANKE, § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 1, S. 1661, Rn. 83, ff.; THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1147, Rn. 263 ff.

³⁸⁹ THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1091, Rn. 82.

verstanden³⁹⁰. Davon ergibt sich, dass äußere Anlässe oder innere Einstellung des Täters (seine Anlage und Charakter) als Tatmotiv gelten können³⁹¹. In Unterschied zu dem Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ ist die Formulierung des § 46 Abs. 2 StGB neutral gefasst, so dass die für die Strafzumessung in Betracht kommenden Beweggründe und Ziele nicht nur niedrige, sondern auch als sittlich positiv zu bewertende Beweggründe – und deshalb als Strafmilderungsgrundlage – in Frage kommen. Die Bewertung eines Beweggrunds zum Zweck einer Strafmilderung oder einer Strafverschärfung hängt allerdings von einer richterlichen „sittlichen“ bzw. „sozialethischen“ Bewertung ab, bei der besondere Vorsicht geboten ist. Wie auch für das entsprechende Mordmerkmal, dürfen auch bei der Strafzumessung keine subjektiven sittlichen Einschätzungen des Richters Maßstab für eine solche Bewertung sein; vielmehr muss sie an objektive Anhaltspunkte geknüpft werden³⁹². In diesem Zusammenhang sind menschenverachtende Beweggründe – wie es sich von der Rechtsprechung über § 211 StGB ergibt – eindeutig als niedrig beurteilt³⁹³. Ähnliches kann von den Zielen des Täters behauptet werden. Der Begriff des Ziels steht dem Beweggrund nah – und manchmal überschneiden sich die zwei Begriffe –

³⁹⁰ FRANKE, § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Beck, 2005, Band 1, S. 1634-35, Rn. 25.

³⁹¹ THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1091, Rn. 82.

³⁹² REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, a.a.O., S. 183.

³⁹³ S.o. § 3.2.2. Vgl. auch REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, a.a.O., S. 183.

sie entsprechen sich aber nicht in ihrem Wesen³⁹⁴. Menschenfeindliche Ziele werden daher aus der Natur der Vorurteilsdelikte als Botschaftsdelikte angesehen, indem über das auf das direkte Opfer begangene Delikt hinaus die Verängstigung und Vertreibung schuldloser anderen der Gruppe des Opfers angehörenden Personen bezweckt wird³⁹⁵. Man muss aber hervorheben, dass der von us-amerikanischer Literatur bezeichnete „secondary harm“ der Hasskriminalität, also die Verängstigung und Vertreibung andere Gruppenangehöriger, ein Nebeneffekt solcher Taten darstellt und nur selten von Täter beabsichtigt wird. Das ist der Fall der s.g. „mission hate crimes“³⁹⁶, wobei aber der Botschaftswirkungsabsicht bewiesen werden muss.

3.3.3.2. Die Reform vom § 46, Abs. 2 StGB.

In jüngster Zeit ist § 46 StGB geändert worden³⁹⁷, indem besondere Arten von Beweggründen ausdrücklich genannt werden. Aufgrund dieser Änderung sind *„rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“*

³⁹⁴ Manchmal ist nämlich das Ziel des Täters der Antrieb zur Begehung der Tat; es ist aber auch möglich, dass Ziel und Grund sich darin unterscheiden, dass ein besonderes Ziel aus einem eigenständigem und unterschiedlichem Grund beabsichtigt wird. THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 2., S. 1094, Rn. 93

³⁹⁵ S.o., Kapitel 1, § 3.2.1.2; REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, a.a.O., S. 188.

³⁹⁶ S.o., Kapitel 1, § 3.2.1.1.

³⁹⁷ Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages (GVGuStGBÄndG) des 12.6.2015 (BGBl. I S. 925), am 1.8.2015 in Kraft getreten.

Beweggründe eingefügt worden und daher lautet die heute geltende Fassung des Abs. 2 wie folgt:

„Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende, (...)“

Anlass für die Änderung war die Tätigkeit des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, der ab dem Jahr 2012 zur Ermittlung der Hintergründe der s.g. NSU-Mordserie eingesetzt wurde, um Schlussfolgerungen für Struktur, Zusammenarbeit, Befugnisse und Qualifizierung der Sicherheits- und Ermittlungsbehörden und für eine effektive Bekämpfung des Rechtsextremismus daraus zu ziehen³⁹⁸. Zur Einführung ausdrücklicher menschenverachtender Beweggründe hat aber auch die Aufforderung von Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates der Europäischen Union vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit beigetragen³⁹⁹. Nach der gesetzgeberischen Absicht sind die neu hinzugefügten Merkmale so auszulegen, dass die „sonstigen menschenverachtenden“ Beweggründe und

³⁹⁸ BT-Drucks. 18/3007, S. 14.

³⁹⁹ Artikel 4 Rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe: *„Die Mitgliedstaaten treffen die Maßnahmen, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass bei anderen als den in den Artikeln 1 und 2 genannten Straftaten rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe entweder als erschwerender Umstand gelten oder dass solche Beweggründe bei der Festlegung des Strafmaßes durch die Gerichte berücksichtigt werden können“*. Vgl. noch BT-Drucks. 396/14, S. 12.

Ziele einen Oberbegriff bilden bezüglich dessen die Erwähnung der rassistischen und fremdfeindlichen Beweggründe und Ziele keine Einschränkungsmerkmale sondern Anhaltspunkte für die Auslegung des weiten Oberbegriffs darstellen⁴⁰⁰. Die neuen Merkmale befinden sich auch auf die Unterthemen der PMK in dem polizeilichen Datenerfassungssystem, wobei neben Rasse und Nationalität andere Merkmale wie Religion, politische Einstellungen, gesellschaftlicher Status aufgelistet sind⁴⁰¹. Darunter zählt auch das Merkmal „*sexuelle Orientierung*“, das nicht eingeschränkt bzw. lediglich auf homosexuelle Männer und Frauen sonder als „sexuelle Identität“ – mit Einschluss von transsexuelle, bisexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen – ausgelegt werden muss⁴⁰².

3.3.3.3. Kritik zur Änderung des § 46 StGB.

Während des Gesetzgebungsverfahrens, das zur Änderung des § 46 StGB geführt hat, haben viele Juristen hierzu Stellung genommen. Vom Rechtsausschuss des Bundestages wurden auch Sachverständige angehört⁴⁰³, deren Auffassung nach, der Gesetzentwurf⁴⁰⁴ (und die heute geltende Änderung) abzulehnen gewesen sei⁴⁰⁵. Die meisten Zweifel liegen an die Erforderlichkeit sowie an die Effektivität, um das Phänomen der Vorurteils kriminalität

⁴⁰⁰ BT-Drucks. 18/3007, S. 14; BT-Drucks. 396/14, S. 12.

⁴⁰¹ BT-Drucks. 18/3007, S. 15; BT-Drucks. 396/14, S. 12.

⁴⁰² Vgl. BT-Drucks.16/1980, S. 31.

⁴⁰³ BT-Drucks.17/11061, S. 4.

⁴⁰⁴ Es geht um den Gesetzentwurf auf BT-Drucks. 17/9345, S. 5, der der heutigen Fassung des § 46 Abs. 2 StGB entspricht.

⁴⁰⁵ Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses vom 13. Juni 2012.

zu bekämpfen, sowie an die Vereinbarkeit der Neureglung mit dem Schuldprinzip. Wie bereits von den Rechtsausschuss zugegeben worden ist, war schon in der Anwendungspraxis die Berücksichtigung von menschenverachtenden Beweggründen und Zielen für die Strafzumessung üblich⁴⁰⁶, so dass eine Ergänzung in jenem Sinne nicht erforderlich, sondern sogar als überflüssig und als schädlich angesehen wurde⁴⁰⁷. Deshalb wurde der Gesetzentwurf beanstanden, indem er eine bloße symbolische Maßnahme darstelle.⁴⁰⁸ Man geht von derselben Begründung des Gesetzesentwurfs aus, die ausdrücklich angibt, gegen Hasskriminalität „ein klares Signal setzen“ zu wollen⁴⁰⁹. Ob die Änderung auch

⁴⁰⁶ BT-Drucks. 18/3007, S. 14; BT-Drucks. 396/14, S. 12. Dabei ist aber zu merken, dass nach Auffassung des Rechtsausschusses die Anwendungspraxis unumstritten die neu einzufügende Merkmale berücksichtigt; andererseits wird auf Literatur verwiesen, die verschiedene Aussichte darüber vertretet, insbesondere KRUPNA K., *Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland*, a.a.O., 2010, S. 197, und GLET A., *Sozialkonstruktion und strafrechtliche Verfolgung von Hasskriminalität in Deutschland*, a.a.O., S. 241 ff.

⁴⁰⁷ BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, *Stellungnahme Nr. 23/2013*, abrufbar unter <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/november/stellungnahme-der-brak-2013-23.pdf> (zuletzt am 26.7.2016 abgerufen).

⁴⁰⁸ Ebenda. Vgl. auch SEEHAFFER S., *Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/fremdfeindlich motivierte Gewalttaten – Das amerikanische „hate crime“ Konzept und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem*, a.a.O., S. 106; HAVERKAMP R.-LUKAS T., *Diskriminierung durch Strafrecht*, in: SCHEER A.-EL-MAFAALANI A. (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, Springer VS, Wiesbaden, 2016.

⁴⁰⁹ So BT-Drucks. 17/8131, S. 1: „Es muss ein klares Signal setzen, dass die Gesellschaft nicht bereit ist, entsprechende Gewalttaten – oftmals gegen ihre schwächsten Mitglieder – zu tolerieren“.

effektiv in Sinne von Aussicht auf Einwirkungen in der Strafzumessungspraxis ist auch beanstanden. Die Novelle solle in dem Absicht des Gesetzgebers dazu dienen, „*hassgeleitete Motive des Täters bei der Strafzumessung stärker als bisher*“ zu berücksichtigen, „*um innerhalb der bestehenden und als grundsätzlich ausreichend angesehenen Strafraumen im Einzelfall angemessene Sanktionen zu verhängen*“⁴¹⁰. Einerseits scheint diese Angabe, dem Wortlaut des § 46, Abs. 2 StGB zu widersprechen, da immer dem Richter ein breiter Spielraum über Auswahl, Bewertung und Abwägung von Umstände zustehend bleibt, indem die Änderung kein Vorrang zwischen Zumessungsgründe feststellt. Andererseits, wäre die erwähnte Aussage als eine Aufforderung für die Gerichte zu verstehen, so wäre in Anlehnung der meisten Kritiker einzuwenden, dass es um einen verfassungsrechtlicher bedenklicher Versuch, „*auf die Beweiswürdigung und Strafzumessung durch das jeweils erkennende Gericht einzuwirken*“⁴¹¹, indem abgesehen von den konkreten Umständen jeder Tat dem Richter die Möglichkeit entzogen sei, unterschiedliche Abwägungen der „vorrangigen“ Merkmale durchzuführen. Eine letzte wesentliche Kritik betrifft den subjektiven Aspekt der neuen Merkmale. Die Bekämpfungsperspektive der Hasskriminalität, die auf die Ahndung des Täters wegen des „Botschaftseffekts“ seiner Handlung zielt, sei nicht leicht mit dem Schuldprinzip vereinbar, da diese über das Opfer hinaus fallende Folge Bedeutung aus der Perspektive der Verletzten unabhängig vom Kenntnis des

⁴¹⁰ BT-Drucks. 17/8131, S. 1

⁴¹¹ BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, *Stellungnahme Nr. 23/2013*, S. 5.

Täters gewinnen⁴¹². Wie es bereits aus der Rechtsprechung über das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ festliegt, muss der Täter in der Lage sein, die Bewertung seiner Tat fassen, d.h. dass er gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern können muss⁴¹³.

3.3.3.4. Gesamtwürdigung der neuen Fassung des § 46 StGB.

In Ergebnis könnte man also sagen, dass § 46, Abs. 2 StGB in der heutigen Fassung eine mögliche Lösung zur Würdigung der Vorurteile – darunter insbesondere homophobische Vorurteile – bezüglich jedes Delikts des deutschen Strafrechtssystem darstellt, allerdings scheint diese Lösung nicht vertretbar. Die Einführung gruppenbezogener Merkmale widerspricht nämlich der Systematik der Vorschrift, die neutral verfasst wurde, um den Richter an keine vor der Tat festgestellte Bewertung von Merkmalen zu binden und ihm den breitesten Abwägungsspielraum zu lassen. Der Einsatz des Gesetzgebers durch die Änderung des § 46 StGB scheint ferner, eine nur symbolische Maßnahme zu sein, da menschenverachtende Sachverhalte schon im Rahmen der allgemeinen und neutralen Formulierung der alten Fassung subsumierbar waren und keine zusätzliche Auswirkung aus der neue Fassung zu erwarten ist.

4. Zusammenfassung.

In dem vorliegenden Kapitel ist es untersucht worden, ob und inwieweit das homophobische Vorurteil von dem

⁴¹² Ebenda, S. 4.

⁴¹³ BGHSt. 28, 210 (212).

deutschen Strafrecht berücksichtigt wird. Es ist festgestellt worden, dass Homophobie nur allmählich von der Nachkriegszeit bis zur Gegenwart Bedeutung und Beachtung gewonnen hat, zuerst in der Entwicklung der polizeilichen Erfassungssysteme und dann in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die negative Bewertung von Homosexualität hat in diesem langsamen Prozess eine entscheidende Rolle gespielt, indem man nur seit den 1990er Jahren zu einer vollständigen Entkriminalisierung von sexuellen Handlungen zwischen gleichgeschlechtlichen volljährigen Personen (§ 175 StGB) sowie zu einer Streichung der Homosexualität aus den psychiatrischen Pathologien gekommen ist. Aus der juristischen Analyse des Rechtssystems in Bezug auf das Merkmal der sexuellen Orientierung bzw. der sexuellen Identität ist es erwiesen, dass aufgrund der besonderen Bedeutung des Gleichheitsgebots bzw. Antidiskriminierungsgebots des Art. 3 GG für die freiheitliche demokratische Grundordnung die vorurteilsmotivierten Straftaten – die s.g. „hate crime“ und „hate speech“, darunter Straftaten mit homophobischem Hintergrund – auf der Ebene des Staatsschutzes von Staatsschutzbehörden behandelt werden. Ferner sind die zur Ahndung von Vorurteilsstraftätern die wichtigsten einschlägigen Vorschriften des StGBs geprüft worden, insbesondere „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB), „Mord aus niedrigen Beweggründen“ (§ 211 StGB) und „Grundsätze der Strafzumessung“ mit Bezug auf menschenverachtende Beweggründe und Ziele des Täters (§ 46 StGB), um feststellen zu können wie der homophobische Hintergrund einer Straftat subsumiert werden kann und daher ob die in Betracht kommende Vorschriften zum strafrechtlichen Schutz der LGBT-Leuten effektiv dienen können. Aus § 130 StGB (insbesondere Abs. 1 und 2) ist es abzuleiten,

dass Homosexuelle ein „Teil der Bevölkerung“ und daher mögliche Opfer von volksverhetzenden Handlungen („Aufstachelung zum Hass“, „Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahme“, „Angriff auf die Menschenwürde Anderer“ durch Äußerungen) als Gruppe oder Einzelne sein können. Beim Mord kann die Homophobie des Täters als „niedriger Beweggrund“ bewertet werden und aus diesem Grund kann die Tötung eines Menschen auch dann als Mord aus niedrigen Beweggründe qualifiziert werden, wenn der Täter das Opfer nur deshalb tötet, weil es homosexuell ist (oder aussieht). Bei der Strafzumessung kann noch die Homophobie des Täters berücksichtigt werden, wenn der Richter sich mit den Beweggründen und Zielen des Täters für die Gesamtwürdigung und Abwägung der Umstände Auseinandersetzt, um eine angemessene Strafe festzustellen und zu verhängen. Schließlich ist die neue Fassung des § 46 Abs. 2 StGB analysiert worden, die ausdrücklich „rassistische, fremdfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe“ erwähnt: in der so geänderten Vorschrift ist das homophobische Vorurteil in der „Oberbegriff“ menschenverachtende Beweggründe zu subsumieren. Die Novelle des § 46 StGB wird schließlich aber beanstanden, da sie keine mögliche zusätzliche Wirkung auf die Praxis zu haben scheint, da bereits unter dem Merkmal „Beweggründe und Ziele des Täters“ menschenverachtende – und darunter homophobische – Vorurteile berücksichtigt waren. In Ergebnis kann man behaupten, das trotz der fehlenden ausdrücklichen Erwähnung homophobischer Vorurteile oder von Homosexuelle als Opfer die Homophobie vor allem in der Strafzumessung relevant ist und daher ist ein strafrechtlicher Schutz für LGBT-Menschen gewährleistet.

CAPITOLO 3

L'omofobia nel diritto penale italiano

1. Considerazioni introduttive – 2. Aspetti storici dell'omofobia in Italia – 3. La tutela delle persone LGBT nella legislazione italiana – 3.1. La tutela penale delle persone LGBT – 3.1.1 L'apologia del fascismo e la prevenzione del genocidio – 3.1.2. Istigazione all'odio tra le classi sociali. – 3.1.3. I motivi abietti o futili ed hate crime omofobici – 3.1.4. La Legge Reale-Mancino – 3.1.4.1. L'oggetto giuridico della tutela – 3.1.4.2. Le fattispecie della Legge Reale-Mancino – 3.1.4.2.1. Propaganda razzista – 3.1.4.2.2. Condotte discriminatorie – 3.1.4.2.3. Condotte violente – 3.1.4.2.4. Condotta associativa – 3.1.4.2.5. L'aggravante di cui all'art. 3, D.L. 122/1993. – 3.1.5. Progetti di espresa introduzione del pregiudizio omofobico nell'ordinamento italiano – 3.1.5.1. I progetti di legge AC 1658 ed AC 1882 – 3.1.5.2. I progetti di Legge AC 2802 ed AC 2807 – 3.1.5.3. I progetti di legge AC 2807 e AC 4631 – 3.1.5.4. I progetti di legge AC 245, AC 280 e AC 1071 – 3.1.5.5. Considerazioni generali – 3.1.5.6. Considerazioni sul testo in fase di approvazione - 3.1.5.6.1. L'omofobia e transfobia quali elementi della fattispecie – 3.1.5.6.2. La terminologia: finalità o motivi – 3.1.5.6.3. La causa di non punibilità di cui al comma 3-bis – 4. Riepilogo.

1. Considerazioni introduttive.

La tutela penale delle persone LGBT in Italia in termini di tutela contro atti o discorsi pregni di pregiudizio omofobico – ed in tal senso contro hate crime ed hate speech – non risulta, di primo impatto, tenuta in considerazione dall'ordinamento italiano. Come nell'ordinamento tedesco, anche nell'ordinamento italiano non vi sono norme penali ove abbia espresa rilevanza l'elemento “orientamento sessuale”, “identità di genere” o, in senso più ampio ed onnicomprensivo, “identità sessuale” della vittima. L'indagine sulla rilevanza penale dell'omofobia in Italia deve, pertanto, concentrarsi su quelle fattispecie incriminatrici che risultano compatibili con la configurazione di hate speech ed hate crime nell'accezione meglio approfondita nel capitolo 1. La mancata menzione dell'identità sessuale non pare, invero, un fattore casuale, ma si radica in una tradizione di

negativo riguardo di paradigmi sessuali divergenti da quelli socialmente accettati (eteronormativismo) da ricondurre a peculiarità della storia italiana, in particolare a partire dal Secondo dopoguerra ad oggi.

2. Aspetti storici dell'omofobia in Italia.

Il caso Italiano risulta pressoché singolare rispetto al resto d'Europa, in quanto, nonostante l'esperienza della dittatura fascista, il pregiudizio omofobico statutario non si è tradotto in una norma penale. L'ultimo codice che abbia avuto vigore nell'Italia unita e che ha incriminato la condotta omosessuale in quanto tale è stato il codice penale sabaudo del 1839, ripromulgato ed esteso al Regno d'Italia da Vittorio Emanuele II di Savoia nel 1859⁴¹⁴. Già nel codice Zanardelli del 1889 gli atti sessuali “contro natura” non venivano più menzionati, non già in ragione di una diversa, neutrale o positiva, valutazione dell'omosessualità, ma per evitare che il clamore suscitato dal trattamento penale di tali condotte potesse ottenere l'effetto opposto di contribuire alla diffusione del “vizio”⁴¹⁵. Analogamente anche nel successivo codice

⁴¹⁴ L'art. 425 del detto codice prevedeva: “*Qualunque atto di libidine contro natura, se sarà commesso con violenza, nei minori e nelle circostanze prevedute dagli articoli 489 e 490, sarà punito colla reclusione non minore di anni sette, estensibile ai lavori forzati a tempo: se non vi sarà stata violenza, ma vi sarà intervenuto scandalo o vi sarà stata querela, sarà punito colla reclusione e potrà la pena anche estendersi ai lavori forzati per anni dieci, a seconda dei casi*”. Cfr. PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, Odoya, Bologna, 2011, p. 143.

⁴¹⁵ La relazione al progetto preliminare al codice Zanardelli faceva propria sul punto l'affermazione del Carmignani, il quale sul punto sosteneva che “*riesce più utile l'ignoranza del vizio che non sia per*

fascista del 1930 non compariva alcuna fattispecie incriminatrice sugli atti omosessuali tra adulti consenzienti, ma le ragioni che venivano addotte in sede di lavori preparatori – ove pure un progetto in tal senso era stato proposto⁴¹⁶ – erano tutt’altro che fondate su di un criterio utilitaristico, bensì sul presupposto che l’omosessualità fosse un fenomeno talmente marginale da non necessitare l’intervento penale⁴¹⁷. Ciò non significò,

giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono”. Cfr. PEDONTE P., *Storia dell’omofobia*, cit., ibidem.

⁴¹⁶ Art. 528.- Relazioni omosessuali – “*Chiunque, fuori dai casi previsti negli articoli dal 519 a 521, compie atti di libidine su persona dello stesso sesso, ovvero si presta a tali atti, è punito, se dal fatto derivi pubblico scandalo, con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a cinque anni: 1. se il colpevole, essendo maggiore degli anni ventuno, commetta il fatto su persona minore degli anni diciotto; 2. se il fatto sia commesso abitualmente, o a fini di lucro*”. Cfr. *Progetto preliminare di un nuovo Codice Penale*, Tip. Delle Mantellate, Roma, 1927, p. 206.

⁴¹⁷ Nella “Relazione ministeriale sul progetto di Codice Penale” (II, 314), il guardasigilli Alfredo Rocco riferiva che la proposta di criminalizzare l’omosessualità “*fu oggetto di quasi generale ostilità. Venne principalmente opposto che il turpe vizio, che si sarebbe voluto colpire, non è così diffuso in Italia da richiedere l’intervento del diritto penale. Questa deve uniformarsi a criteri di assoluta necessità nelle sue incriminazioni: e perciò nuove configurazioni di reato non possono trovare giustificazione, se il legislatore non si trovi in cospetto di forme di immoralità che si presentino nella convivenza sociale in forma allarmante. E ciò per fortuna, non è, in Italia, per il vizio suddetto. Queste ragioni, contrarie all’incriminazione dell’omosessualità. Mi hanno convinto, e, nel testo definitivo, ho soppresso la relativa disposizione*”. Cfr. DALL’ORTO G., *Tutta un’altra storia. L’omosessualità dall’antichità al secondo dopoguerra*, Il Saggiatore, Milano, 2015, p. 523; cfr. anche PEDONTE P., *Storia dell’omofobia*, cit., p. 147.

tuttavia, che si fosse rinunciato a perseguire le persone omosessuali: a tale scopo il regime si servì di strumenti giuridici meno eclatanti ma più insidiosi. Ci si riferisce alla normativa di cui al Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), in particolare, agli istituti dell'ammonimento (art. 164) e del confino di polizia (art. 180), molto più agevoli da applicare in quanto non presupponevano la celebrazione di un processo né erano altrimenti impugnabili i relativi provvedimenti applicativi una volta irrogate le misure. Ed inoltre si confidava sul diffuso stigma sociale e sulla colpevolizzazione etica riferibile all'operato della Chiesa Cattolica⁴¹⁸. Ed alla forte ingerenza politica di quest'ultima – in particolare grazie al partito di ispirazione cattolica “Democrazia Cristiana” – si deve la prosecuzione nel Secondo dopoguerra della persecuzione degli omosessuali, sebbene in altre forme⁴¹⁹. Con la Costituzione repubblicana la libertà di manifestazione del pensiero in tutte le sue forme fu solennemente affermata con l'espressa esclusione di autorizzazioni preventive o censure successive, e con il solo limite della contrarietà al buon costume. E tale limite finse da grimaldello per la persecuzione anche penale dell'omosessualità anche già solo sotto il profilo della libertà di parola. A ciò si aggiungevano, oltre alle già note misure di polizia, numerose altre fattispecie di natura penale che venivano applicate quando determinati comportamenti erano posti in essere da omosessuali: atti osceni, corruzione di

⁴¹⁸ PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, cit., p. 145.

⁴¹⁹ PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, Il Saggiatore, Milano, 2011, p. 14

minorenni, atti contrari alla pubblica decenza, ecc.⁴²⁰. Non si spensero, inoltre, le mire di espressa incriminazione dei comportamenti omosessuali da parte di taluni ambienti politici e proprio all'inizio degli anni Sessanta, nel corso della III Legislatura, si ebbero ben due proposte di legge miranti ad introdurre il reato di omosessualità. La prima, presentata dal Movimento Sociale Italiano (primo firmatario on. Manco) il 22 gennaio 1960, mirava ad introdurre un unico articolo nel titolo IX, capo II, del libro secondo del Codice Penale, relativo alle "offese al pudore e all'onore sessuale"⁴²¹. La seconda proposta fu, invece, presentata dall'on. Bruno Romano (Partito Socialista Democratico Italiano) il 29 aprile 1961 ed andava a collocava la novella in una legge speciale costante di quattro articoli dettagliati, con previsione di un trattamento sanzionatorio di rigore draconiano⁴²². Le proposte di legge

⁴²⁰ PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, cit., *ibidem*.

⁴²¹ "Art. 527-bis. (Omosessualità) – (1) Chiunque ha rapporti sessuali con persona dello stesso sesso è punito con la pena della reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire 10.000 a lire 100.000. (2) Se dal fatto deriva pubblico scandalo la pena è aumentata. (3) Se tra le persone che hanno rapporti sessuali con persone dello stesso sesso vi siano uno o più minori di anni 18, la pena sarà aumentata nei confronti del maggiorenne o dei maggiorenni". Cfr. III Legislatura, AC. N. 1920 del 22 gennaio 1960, consultabile all'indirizzo web

http://www.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/19200001.pdf

⁴²² "Art. 1 – (1) Chiunque ha rapporti sessuali, o commette atti idonei al raggiungimento di una finalità sessuale con persona dello stesso sesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire 50.000 a lire 500.000. (2) Se la persona che commette tale reato ha un'età compresa tra i diciassette ed i ventuno anni, la pena è ridotta della metà. Art. 2. – (1) Chiunque, essendo maggiorenne, ha rapporti sessuali, o commette atti, idonei

alla fine non furono discusse e si preferì – come sotto il fascismo – di non prevedere incriminazioni espresse e di procedere in quella forma di “tolleranza repressiva”⁴²³ per evitare che il clamore mediatico di processi per tali fatti portasse ad amplificare gli scandali⁴²⁴. Anche se le proposte non giunsero neanche ad essere calendarizzate, la persecuzione proseguiva: sotto accusa erano in particolare

al raggiungimento di una finalità sessuale con persona dello stesso sesso la cui età sia inferiore ai diciassette anni, anche se quest'ultima persona sia consenziente, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. (2) Se la persona che commette tale reato ha un'età compresa tra i diciassette ed i ventuno anni, la pena è ridotta della metà. Art. 3. – (1) Le pene di cui ai precedenti articoli sono raddoppiate se l'attore ricorre alla violenza fisica o approfitta di soggetti inabili a resistere per condizioni morbose, o perché resi inabili con l'uso di stupefacenti, oppure di alcoolici, oppure di altre sostanze idonee a diminuire la capacità di intendere e di volere. (2) Le pene sono del pari raddoppiate se l'attore abusi della sua condizione di autorità nei confronti del partner, o ricorra alla corruzione con danaro od altri beni, o se il fatto sia commesso in località aperta al pubblico e dia luogo, o possa dar luogo, a pubblico scandalo. Art. 4. – Chiunque a mezzo della stampa, della radio televisione, del teatro, del cinema, di convegni o riunioni dovunque tenuti e di ogni altro sistema di propaganda e diffusione, si renda promotore, organizzatore od esecutore di azioni e manifestazioni che abbiano come finalità l'apologia della condotta omosessuale è punito con la reclusione da cinque a dieci anni”. Cfr. III Legislatura, AC. N. 2990 del 29 aprile 1961, consultabile all’indirizzo web http://www.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/29900001.pdf

⁴²³ Cfr. LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, in CALAFÀ L.-GOTTARDI D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma 2009, p. 324.

⁴²⁴ PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, Il Saggiatore, Milano, 2011, p. 33.

pubblicazioni e spettacoli che toccavano implicitamente o esplicitamente il tema dell'omosessualità e che pertanto venivano considerati “osceni”⁴²⁵. Celebre rimase poi l'applicazione dell'art. 603 c.p. (oggi non più vigente⁴²⁶) relativo al reato di plagio, nella famosa vicenda di Aldo Braibanti⁴²⁷ che portò nel 1968 alla condanna in primo

⁴²⁵ Si pensi, ad esempio, alla vicenda che coinvolse l'opera teatrale “L'Arialda” di Giovanni Testoni, a seguito della cui rappresentazione, nel febbraio 1961, fu disposto il sequestro del libretto teatrale pubblicato da Feltrinelli e, contestualmente, dello stesso teatro (L'Eliseo di Roma) in cui l'opera era stata rappresentata con la regia di Luchino Visconti. Cfr. PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, cit., pp. 37-38. In tal senso, nella motivazione della proposta di legge dell' MSI si affermava: “*Esiste oggi in Italia una vera e propria letteratura del vizio; teorici di questa moderna degenerazione hanno avuto financo la temerarietà e l'audacia di elevare il vizio ad arte, sollecitando una vera e propria organizzazione con adesioni concettuali e filosofiche e per ciò stesso determinando il pericolo che siffatte perversioni non rappresentino soltanto una sia pur degenerata ansia di sensi ma una direzione psicologica e spirituale verso traguardi di chiara involuzione morale.*”. AC. N. 2990 del 29 aprile 1961, cit.

⁴²⁶ Recitava l'art. 603 c.p. “*Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*”. Detto articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza 9 aprile 1981, n. 96.

⁴²⁷ Aldo Braibanti (1922-2014) è stato un partigiano nonché intellettuale, poeta e scrittore che fu coinvolto, suo malgrado, in una vicenda giudiziaria che lo vide accusato e condannato per il reato di plagio. Il Braibanti aveva in realtà una relazione con un suo giovane collaboratore, Giovanni Sanfratello, il quale, raggiunta la maggiore età, nel 1962 andò a vivere con lui lasciando la casa paterna ove viveva in un contesto familiare molto cattolico e conservatore. La denuncia della famiglia del Sanfratello diede impulso al procedimento penale che portò alla condanna del

grado a nove anni di reclusione⁴²⁸, contro cui si scagliarono molti intellettuali dell'epoca⁴²⁹. A partire dagli anni '70, quindi in un momento successivo agli eventi dell'autunno del '68, ebbe inizio un lento e graduale percorso che dalla nascita del movimento di liberazione omosessuale⁴³⁰ condusse all'affievolimento della persecuzione legale delle persone LGBT⁴³¹. Un rilevante contributo è riferibile alla depatologizzazione dell'omosessualità nel 1973 (e poi definitivamente nel 1994) con conseguente espunzione della stessa dal catalogo dei disturbi psichiatrici⁴³². Tuttavia negli anni '90 la discriminazione delle persone omosessuali ebbe esplicito ingresso in atti normativi dello Stato, in particolare nel settore sanitario. Un primo provvedimento,

Braibanti, mentre il Sanfratello fu rapito dai propri familiari e rinchiuso in un manicomio a Verona ove vi rimase per circa 15 mesi per esservi sottoposto ripetutamente ad elettroshock. Si veda PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, cit., pp. 52-55.

⁴²⁸ PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, cit., pp. 156-157.

⁴²⁹ Le voci di dissenso nei confronti della condanna di Braibanti confluirono in una pubblicazione, MORAVIA A.-ECO U.-GATTI A.-GOZZANO M.-MUSATTI C.-BOMPIANI G., *Sotto il nome di plagio*, Bompiani, Milano 1969.

⁴³⁰ La nascita dei movimenti di liberazione omosessuale ha avuto luogo negli Stati Uniti nel corso degli anni 60', in particolare a seguito dei fatti dello "Stonewall Inn" di New York il 27 giugno 1969, passata alla storia come la prima rivolta gay. Cfr. PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, cit., pp. 233-237. Dagli Stati Uniti il movimento si è rapidamente diffuso anche in Europa e quindi in Italia.

⁴³¹ Che, tuttavia non si arrestò ma proseguì fino a tempi assai recenti. Per una panoramica di singoli casi venuti alla ribalta dell'opinione pubblica cfr. PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, cit., pp. 158-159.

⁴³² Cfr. *supra*, Capitolo 1, § 2.

il DM. 15 gennaio 1991⁴³³ – emanato nell’ambito degli scandali di “malasanità” che videro numerosi casi di contagio di malattie infettive (in particolare Epatite ed HIV) a seguito di emotrasfusioni – disciplinando la condizioni di idoneità del donatore di sangue, nella parte del formulario (allegato 2 del decreto) relativa all’anamnesi del donatore, tra le cause di esclusione del donatore stesso, figurava la “*esistenza nella storia personale di (...) rapporti omosessuali*”, con la conseguente esclusione categorica degli omosessuali dalla donazione di sangue, a prescindere da comportamenti sessuali a rischio concretamente posti in essere. In tal modo si alimentava la visione stereotipica degli omosessuali come categoria ontologicamente a rischio. Tale assunto è addirittura esplicitamente confermata in un decreto di poco successivo⁴³⁴, in cui si prevedeva che le prestazioni di vaccinazione contro l’epatite B dovessero essere gratuitamente offerte a talune categorie considerate “a rischio” tra le quali – e nello stesso raggruppamento – figuravano tossicodipendenti, omosessuali e persone dedite alla prostituzione (art. 1, lett. g), DM. 4 ottobre 1991). Ma se da un lato a livello statuale la visione dell’omosessualità come disturbo e come crimine (in via diretta o indiretta) risultava superata, non può a tutt’oggi dirsi altrettanto a livello dell’atteggiamento della popolazione ed alla pressione esercitata sulla stessa da ambienti clericali e da

⁴³³ Pubblicato in G.U. n. 20 del 24 gennaio 1991 e relativo a “*Protocolli per l’accertamento della idoneità del donatore di sangue ed emoderivati*”.

⁴³⁴ Si tratta del DM. 4 ottobre 1991, pubblicato in G.U. 25 ottobre 1991 e relativo a “Offerta gratuita della vaccinazione contro l’epatite virale B alle categorie a rischio”.

una parte del mondo politico italiano⁴³⁵. Il caso Italiano viene considerato effettivamente unico dal punto di vista dell'influenza della Chiesa Cattolica nella vita politica e, nello specifico, della discussione su tematiche "sensibili" quali sono considerate quelle relative ai diritti civili⁴³⁶. Si consideri inoltre che sul punto dell'approvazione di disegni di legge sulle unioni tra persone dello stesso sesso la Congregazione per la Dottrina della Fede ha adottato un documento che impone ai politici cattolici di opporsi fermamente sia all'approvazione di tali progetti di legge che all'attuazione degli stessi ove approvati⁴³⁷.

⁴³⁵ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in RIDPP, 2011, pp. 24-25. Si veda altresì il report dell'indagine condotta dall'ISTAT nel 2011 (ISTAT, *La popolazione omosessuale nella società italiana*, 17 maggio 2012, consultabile all'indirizzo http://www.istat.it/it/files/2012/05/reportomofobia_6giugno.pdf?title=Popolazione+omosessuale+nella+societ%C3%A0+-+17%2Fmag%2F2012+-+Testo+integrale.pdf)

⁴³⁶ LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, cit., p. 330.

⁴³⁷ "Se tutti i fedeli sono tenuti ad opporsi al riconoscimento legale delle unioni omosessuali, i politici cattolici lo sono in particolare, nella linea della responsabilità che è loro propria. In presenza di progetti di legge favorevoli alle unioni omosessuali, sono da tener presenti le seguenti indicazioni etiche. Nel caso in cui si proponga per la prima volta all'Assemblea legislativa un progetto di legge favorevole al riconoscimento legale delle unioni omosessuali, il parlamentare cattolico ha il dovere morale di esprimere chiaramente e pubblicamente il suo disaccordo e votare contro il progetto di legge. Concedere il suffragio del proprio voto ad un testo legislativo così nocivo per il bene comune della società è un atto gravemente immorale. Nel caso in cui il parlamentare cattolico si trovi in presenza di una legge favorevole alle unioni omosessuali già in vigore, egli deve opporsi nei modi a lui possibili

Ogniquale volta nel dibattito pubblico entra in argomento il tema dei diritti civili – segnatamente delle unioni tra persone dello stesso sesso – una consistente parte del mondo politico è aduso ad insorgere elevando barriere di natura ideologica, alle volte con uso di toni e di linguaggi non distanti da quelli propri della politica italiana dell'immediato Secondo dopoguerra quando si discuteva di omosessualità: si pensi alla retorica della “minaccia alla famiglia tradizionale” ed all’invocare il diritto “naturale” contro “derivate ideologiche” ravvisate nella cd. “ideologia gender”,⁴³⁸. Tale retorica non è estranea neanche al lessico

e rendere nota la sua opposizione: si tratta di un doveroso atto di testimonianza della verità. Se non fosse possibile abrogare completamente una legge di questo genere, egli, richiamandosi alle indicazioni espresse nell'Enciclica Evangelium vitae, «potrebbe lecitamente offrire il proprio sostegno a proposte mirate a limitare i danni di una tale legge e a diminuirne gli effetti negativi sul piano della cultura e della moralità pubblica», a condizione che sia «chiara e a tutti nota» la sua «personale assoluta opposizione» a leggi siffatte e che sia evitato il pericolo di scandalo. Ciò non significa che in questa materia una legge più restrittiva possa essere considerata come una legge giusta o almeno accettabile; bensì si tratta piuttosto del tentativo legittimo e doveroso di procedere all'abrogazione almeno parziale di una legge ingiusta quando l'abrogazione totale non è possibile per il momento”. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, Città del Vaticano, 3 giugno 2003, punto 10, consultabile all’indirizzo http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_2_0030731_homosexual-unions_it.html

⁴³⁸ Si veda ad esempio l’invito a sottoscrivere una petizione contro la “diffusione dell’ideologia del gender”, propagandato dalla stampa di ispirazione cattolica, consultabile all’indirizzo <http://www.notizieprovita.it/wp-content/uploads/2015/01/La-Nuova-Bussola-Quotidiana.pdf>, parole tutt’altro che distanti da

della Corte Costituzionale che, nella celebre sentenza 138/2010⁴³⁹, ha ritenuto di non poter interpretare la nozione di matrimonio di cui all'art. 29 se non riferendosi ad “*una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio*”, cosa che ha comportato l'esclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso dalla nozione di “famiglia naturale” per ricomprenderle nell'alveo della tutela generale delle “formazioni sociali” di cui all'art. 2, Cost.⁴⁴⁰. Peraltro anche a seguito della recentissima approvazione della legge sulle cd. “unioni civili” tra persone dello stesso sesso⁴⁴¹ non si placa la polemica ed il ricorso a toni ostili, sfociati da ultimo nell'invito all'esercizio dell'“obiezione di coscienza” da parte del

quelle usate dal senatore Bruno Romano nell'introdurre la sua proposta di criminalizzazione dell'omosessualità, ove sottolineava “*la necessità di instaurare anche nel nostro paese una legislazione protettiva contro i crescenti pericoli di sovvertimento delle finalità biologiche dell'individuo, dei valori della famiglia e dello stesso ordine naturale della società*”. Cfr. III Legislatura, AC. N. 2990 del 29 aprile 1961, consultabile all'indirizzo web <http://www.camera.it/dati/leg03/lavori/stampati/pdf/29900001.pdf>

⁴³⁹ Corte Cost., sent. 15 aprile 2010, n. 138, pubblicata in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, fasc. 2, p. 1605 e ss., con nota di ROMBOLI R., *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alle coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*.

⁴⁴⁰ Per una ricostruzione della nozione di “famiglia naturale” anche alla luce del dibattito dell'Assemblea Costituente si veda il contributo di D'AMICO M., *Diritto LGBT e “nuove famiglie” in Italia*, in D'AMICO M.- NARDOCCI C.-WINKLER M., *Orientamento sessuale e diritti civili*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 23 e ss.

⁴⁴¹ L. 20 maggio 2016 n. 76, pubblicata G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

mondo cattolico⁴⁴² e di esponenti di partito⁴⁴³, rivolto ai sindaci che sarebbero per legge tenuti a celebrare le unioni civili, affinché si astengano dal dar seguito al proprio dovere istituzionale dinanzi all'istanza di coppie di persone dello stesso sesso. In Italia, pertanto, lungi dall'aver sopito i conflitti sociali derivanti dal pregiudizio di carattere omofobico, l'approvazione della legge sulle unioni civili ha condotto ad una recrudescenza di manifestazione più o meno pacate di intolleranza verso il mondo LGBT culminata, in tempi recentissimi, in due grandi manifestazioni nazionali a sostegno della “famiglia tradizionale” per osteggiare l'iter di approvazione della legge sulle unioni civili e chiedere la riaffermazione di quei principi di carattere tradizionale in tema di famiglia di ispirazione cattolica⁴⁴⁴. In un clima come quello descritto pare potersi affermare di trovarsi in uno di quei periodi che gli studi criminologici hanno individuato a maggior rischio

⁴⁴². Si veda “*Unioni civili. «L'obiezione di coscienza è legittima»*”, pubblicato sulla rivista di ispirazione cattolica “*Tempi*” del 17 maggio 2016, consultabile all'indirizzo http://www.tempi.it/unioni-civili-obiezione-di-coscienza-e-legittima#.V58i0_mLTIU, ove viene riportata l'intervista a Giancarlo Cerrelli, consigliere centrale dell'Unione giuristi cattolici italiani.

⁴⁴³ Si tratta dell'invito proveniente della Lega Nord. Si veda “*Unioni civili, Salvini: “Sindaci della Lega Nord, disobbedite”*”, Bitonci (Padova): “*Io non celebrerò i matrimoni gay*”, da *Il Fatto Quotidiano* dell' 11 maggio 2016, consultabile all'indirizzo <http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/05/11/unioni-civili-salvini-sindaci-della-lega-nord-disobbedite-bitonci-padova-io-non-celebrero-i-matrimoni-gay/2719210/>.

⁴⁴⁴ “*Family Day, la piazza avverte Renzi: «No al ddl Cirinnà o ce ne ricorderemo»*”, da *La Repubblica* del 30 gennaio 2016, consultabile all'indirizzo http://www.repubblica.it/politica/2016/01/30/news/family_day-132356069/

di “*defensive*” *hate crime*, come per le vicissitudini che hanno riguardato il Massachusetts, ove l’approvazione ed attuazione nel 2004 della legge sul matrimonio egalitario, è stata seguita da un *escalation* di discorsi di odio omofobico e di episodi di violenza nei confronti di persone omosessuali⁴⁴⁵. L’individuazione della legge sulle unioni civili come “minaccia per la famiglia tradizionale” costituisce, infatti, la struttura sulla quale viene fondata una dialettica mirante a programmare e realizzare azioni “difensive” che, ove fuoriescano dall’ambito della dialettica politica e culturale, possono dare adito a manifestazioni di vero e proprio odio omofobico anche nella forma dell’”*hate crime*”⁴⁴⁶.

3. La tutela delle persone LGBT nella legislazione italiana.

Da un punto di vista genericamente legislativo, nonostante un considerevole mutamento – almeno formale – dell’atteggiamento della popolazione nei confronti delle persone LGBT⁴⁴⁷ e le numerose sollecitazioni provenienti

⁴⁴⁵ Cfr. *supra*, Capitolo 1, § 3.2.1.1.

⁴⁴⁶ Si consideri, ad esempio, l’aggressione perpetrata da esponenti del partito di estrema destra “Forza Nuova” nella sede del *Gay Center* di Roma nell’immediatezza dell’approvazione della legge sulle unioni civili. Per i dettagli della vicenda si veda “*Blitz di Forza Nuova contro sede Gay Center a Roma. Il candidato consigliere «Perversione non sarà mai legge»*”, da *La Repubblica* del 13 maggio 2016, consultabile all’indirizzo http://roma.repubblica.it/cronaca/2016/05/13/news/blitz_di_forza_nuova_contro_sede_gay_center_il_candidato_consigliere_perversi_one_non_sara_mai_legge_-139755253/

⁴⁴⁷ Si veda, ancora, il report dell’indagine condotta dall’ISTAT nel 2011 (ISTAT, *La popolazione omosessuale nella società italiana*, cit.

dall'Unione Europea, il contrasto ai comportamenti discriminatori perpetrati in ragione dell'identità sessuale ha avuto scarsi risvolti concreti. Fatta eccezione per l'innovativa L. 14 aprile 1982, n. 164⁴⁴⁸ – che, tuttavia, a proposito della rettificazione dell'attribuzione del sesso anagrafico si esprimeva nel linguaggio binario del solo sesso biologico senza far propria la questione dell'identità di genere che è alla base del problema⁴⁴⁹ – occorrerà attendere i primi anni del decennio scorso perché un ulteriore passo in termini istituzionali venisse mosso verso un maggiore interessamento dello Stato alla problematica delle discriminazioni subite dalle persone LGBT. Nel 2001 ad opera del Ministro Veronesi venne eliminata la discriminazione legale delle persone omosessuali in relazione alle donazioni di sangue⁴⁵⁰ e l'anno successivo venne istituito un gruppo di studi⁴⁵¹ denominato “Sessualità, discriminazioni ed integrazione sociale” che, tuttavia, non approdò ad alcun concreto risultato. È del 2003 l'intervento legislativo mirante all'eliminazione delle

⁴⁴⁸ Pubblicata in G.U. n. 106 del 19 aprile 1982, recante “*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*”.

⁴⁴⁹ Cfr. LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, cit., p. 324.

⁴⁵⁰ Si tratta del DM. 26 gennaio 2002, “*Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue e di emocomponenti*.” con il quale si rivedeva la disciplina del previgente DM 15 gennaio 1991 e, nello specifico, non si parlava di omosessualità ma genericamente – ed in maniera neutrale – di “comportamenti sessuali a rischio” quali fattori di esclusione dalla possibilità di donare il sangue.

⁴⁵¹ D.M. 18 gennaio 2002, cfr. LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, cit., p. 325.

discriminazioni sul luogo di lavoro. In attuazione della direttiva 2000/78/CE *“che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”* l'Italia si è dotata di uno strumento normativo – D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216⁴⁵² – con il quale venivano vietate le discriminazioni dirette ed indirette in ambito lavorativo motivate, tra l'altro, dall'orientamento sessuale del lavoratore o aspirante tale. D'altro canto, però, venivano fatte salve espressamente le discriminazioni dirette ed indirette praticate all'interno di associazioni cd. “di tendenza”, veniva posto in capo al lavoratore (e non al datore di lavoro come previsto dalla direttiva) l'onere della prova dei comportamenti discriminatori datoriali ed inoltre una valutazione di idoneità preventiva all'accesso alle forze armate, alle forze di polizia ed a servizi di soccorso era considerata non discriminatoria se fosse stata presupposto dell'assunzione di omosessuali (e non solamente di persone con particolari caratteristiche di età o disabilità come previsto dalla direttiva)⁴⁵³. La normativa è

⁴⁵² pubblicato nella G.U. n. 187 del 13 agosto 2003, *“Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”*

⁴⁵³ Recitava l'art. 3, D.Lgs. 216/2003: *“Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i*

stata poi modificata solo a seguito di un procedimento di infrazione comunitaria, cui ha fatto seguito il D.L. 8 aprile 2008, n. 59 (convertito con modificazioni in L. 6 giugno 2008, n. 101). Degno di nota è il fallito tentativo di introdurre una normativa generale sulle pari opportunità. Con L. 28 novembre 2005, n. 246, infatti, il Governo era stato delegato al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità e, in particolare, all’*“individuazione di strumenti di prevenzione e rimozione di ogni forma di discriminazione, in particolare per cause direttamente o indirettamente fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età e l’orientamento sessuale, anche al fine di realizzare uno strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di pari opportunità previsti in sede di Unione europea e nel rispetto dell’articolo 117 della Costituzione”* (art. 6, comma 1, lett. a). La delega è stata esercitata mediante un unico decreto legislativo, D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, intitolato *“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246”*. Come emerge *ictu oculi*, il Governo si è limitato all’adozione di uno strumento antidiscriminazione limitato esclusivamente alla prevenzione delle discriminazioni perpetrate in base al *“sesso”*, non anche in base alle altre caratteristiche elencate nella delega, ivi compreso l’orientamento sessuale. Negli anni successivi si sono registrate una serie di episodiche iniziative coordinate a livello interregionale o circoscritte a specifiche regioni o comuni, finalizzate alla promozione

servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare”.

dei diritti civili delle persone LGBT in Italia⁴⁵⁴, ma solo nell'ultimo biennio si è giunti ad un passo decisivo in tema di diritti delle persone LGBT. Anzitutto con L. 13 luglio 2015, n. 107 (cd. legge sulla “buona scuola”), all’art. 1, comma 16 si prevede “*l’attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l’educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni (...)*”. Ciò significa un primo fondamentale passo nella formazione alla non discriminazione in età scolare. L’introduzione di tale norma è stata duramente criticata da esponenti del mondo cattolico e dalla parte politica che ad esso si richiama, i quali hanno costantemente parlato di “pericolo gender”, ossia di pericolo di diffusione tra gli studenti di visioni antropologiche diverse da quella propugnata da un’antropologia di stampo cristiano⁴⁵⁵. Facendo leva sul diritto dei genitori al primato nell’educazione dei figli, desunto dall’art. 30 Cost., è stato fatto appello ai genitori di bambini in età scolare a far valere detto diritto, chiedendo chiarimenti e rassicurazioni agli istituti scolastici in ordine alla possibile introduzione nel programma formativo di corsi di “teoria gender”⁴⁵⁶,

⁴⁵⁴ Peraltro mai su iniziativa delle istituzioni statuali ma sempre a seguito di pressioni delle associazioni LGBT. Si veda, nel dettaglio delle iniziative intraprese, LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, cit., p. 327-230.

⁴⁵⁵ Si veda l’analisi del comma 16 citato, proposta da Gianfranco Amato, presidente dell’associazione cattolica “Giuristi per la vita”, consultabile all’indirizzo <http://www.lanuovabq.it/it/articoli-il-gender-nella-buona-scuola-ce-eccome-13641.htm>

⁴⁵⁶ Si veda il “*Vademecum per proteggere i tuoi figli*” pubblicato da “www.notizieprovita.it” per la vigilanza dei genitori sulle proposte formative nelle scuole con particolare riferimento all’educazione

nonché esprimendo la propria contrarietà alla partecipazione dei figli a tali momenti formativi. Le richieste dei genitori allarmati rivolte agli istituti scolastici hanno indotto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca a fornire chiarimenti agli istituti scolastici sulla assenza, tra le intenzioni della legge, di previsioni di corsi di “teoria gender” nelle scuole⁴⁵⁷. Da ultimo si è giunti all'agognato traguardo di una legge sul riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (L. 20 maggio 2016 n. 76)⁴⁵⁸ che tanto clamore ha destato nella discussione politica e tanto continuerà a destarne in ragione delle minacciate obiezioni di coscienza da parte dei Sindaci di area politica cattolica o leghista⁴⁵⁹.

all'uguaglianza, consultabile all'indirizzo <http://www.notizieprovita.it/economia-e-vita/gender-a-scuola-consigli-alle-famiglie-vigilate/>. Si sottolinea ancora qui come si utilizzi un linguaggio che individua nella diversità una minaccia tale da giustificare la “protezione dei figli”.

⁴⁵⁷ Si tratta della circolare del 15 settembre 2015, n. 1972, consultabile all'indirizzo <http://www.istruzione.it/allegati/2015/prot1972.pdf>

⁴⁵⁸ Non è questa la sede propria per un esame attento delle contraddizioni che la cennata legge reca in sé, frutto di un complesso accordo tra forze politiche: si pensi, ad esempio, all'esclusione dell'obbligo di fedeltà per i partner dell'unione civile, così come all'esclusione per i minori di anni 18 dall'accesso alla celebrazione dell'unione civile. Per una generale descrizione dei contenuti normativi della legge in questione si rimanda a TANTALO L., “*Unioni civili e convivenze di fatto sono legge, ma cerchiamo di capirne di più*”, in *Diritto & Giustizia*, 8 giugno 2016.

⁴⁵⁹ Peraltro si dà atto che è altresì stato approvato il decreto attuativo della L. 76/2016 (DPCM. 23 luglio 2016, n. 144, pubblicato in GU. n. 175 del 28 luglio 2016, nel quale non figura la previsione di possibili “obiezioni di coscienza”.

3.1. La tutela penale delle persone LGBT.

Un'indagine che miri ad appurare se l'ordinamento penale italiano appresti una specifica tutela alle persone LGBT presuppone l'esame di quelle fattispecie in cui il pregiudizio omofobico possa venire in rilievo quale espressione di odio e disprezzo nei confronti della categoria o quale movente di fatti di reato. In tal senso un'indagine sulla rilevanza penale dell'omofobia – dell'hate di carattere omofobico – non può non muovere dall'esame degli aspetti salienti e più problematici di quelle norme penali che si prestano ad essere applicabili, per come formulate, a comportamenti di hate speech e di hate crime, da intendersi nei termini sopra meglio precisati⁴⁶⁰.

3.1.1. L'apologia del fascismo e del genocidio.

Un primo gruppo di norme penali considerabili come orientate alla repressione dell'"hate" in generale può essere individuato nelle norme sul contrasto al fascismo e nelle norme per la prevenzione e la repressione del genocidio. La L. 20 giugno 1952, n. 645 (cd. "legge Scelba") è lo strumento col quale si è data attuazione al divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista di cui alla XII disposizione finale della Costituzione repubblicana. Escludendo l'assoggettamento a pena di condotte concretamente riorganizzatorie del disciolto partito fascista, la norma che pare poter venire in rilievo è l'art. 4 della detta legge, rubricato "Apologia del fascismo". Come è possibile arguire già dalla rubrica, si tratta di un reato di manifestazione del pensiero che,

⁴⁶⁰ cfr. *supra*, capitolo 1, § 3.

secondo il testo della disposizione, si realizza mediante due condotte alternative. La prima (comma 1) consiste nella “*propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguate le finalità di cui all’art. 1*” cioè finalità “*antidemocratiche proprie del partito fascista*”, che si realizzano “*esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero*” quando una simile associazione, movimento o gruppo “*rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista*”. La seconda condotta (comma 2) è quella di apologia in senso stretto, e riguarda il fatto di chi “*pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche*”, con la previsione di un inasprimento sanzionatorio nel caso in cui il fatto riguardi “*idee e metodi razzisti*”. È invero arduo poter affermare che la fattispecie di cui al primo comma possa considerarsi una fattispecie di hate speech in senso proprio se non indirettamente, andando, cioè, a sanzionare una condotta prodromica rispetto alla possibile realizzazione di fatti di hate speech da parte della costituenda associazione, movimento o gruppo. Diversamente potrebbe argomentarsi per la seconda ipotesi, in quanto l’esaltazione diretta, in particolare, di “*fatti e metodi del fascismo*” può configurarsi come condotta aggressiva di soggetti e categorie considerate oggetto di persecuzione da parte del regime fascista, tra di esse di certo anche gli omosessuali. Tuttavia non pare potersi concludere per una tutela di gruppi vulnerabili da parte di detta disposizione in

considerazione dell'interpretazione restrittiva consolidata offerta dalla giurisprudenza. In particolare si osserva che la norma in questione si colloca in una legge di attuazione di una disposizione costituzionale sul divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista ed alla luce di tale parametro va interpretata. Ne consegue la necessità di considerare, quale elemento ulteriore integrante la fattispecie, il concreto pericolo di ricostituzione del partito fascista⁴⁶¹. Inoltre una riflessione sul bene giuridico tutelato dall'art. 4, l. 645/1952 conduce ad escludere la possibile tutela di soggetti vulnerabili. La giurisprudenza sottolinea, infatti, che tale fattispecie non è finalizzata alla tutela di vittime individuate ma all' "integrità dell'ordinamento democratico e costituzionale"⁴⁶². Se,

⁴⁶¹ In tal senso Corte Cost., Sent. 26 gennaio 1957, n. 1, la quale ha affermato che *"l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla disp. trans. Cost. art. XII. Trattasi non di una istigazione diretta, perché questa è con figurata nell'art. 2 della legge n. 645 del 1952, bensì di una istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente"*.

⁴⁶² Di recente Cass. Pen., sez. I, sent. 1 aprile 2014, n. 40629, in si afferma l'insussistenza del diritto di proporre opposizione all'archiviazione da parte del denunciante per mancanza della veste di persona offesa dal reato, in quanto *"il singolo cittadino, interessato al mantenimento delle garanzie e degli equilibri costituzionali, è tutelato dalle disposizioni incriminatrici in questione (che non concernono il compimento di specifici atti lesivi della integrità fisica o morale di individui determinati) in modo indiretto ed in quanto membro di una comunità che si riconosce nei valori fondanti della costituzione repubblicana"*.

pertanto, una tutela diretta di persone vulnerabili non può ravvisarsi nelle disposizioni della legge Scelba, diversamente potrebbe argomentarsi con riguardo alle disposizioni della L. 9 ottobre 1967, n. 962 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio. Invero, come già accennato⁴⁶³, discorsi intrisi di hate e atti violenti motivati dal pregiudizio si sono storicamente collocati in una fase prodromica rispetto alla perpetrazione di veri e propri genocidi e le norme sulla prevenzione del genocidio possono avere una funzione di contrasto diretto agli hate speech ed agli hate crime. Nel caso della normativa italiana che recepisce la “Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio” del 1948 è espressamente prevista un’ipotesi di reato di manifestazione del pensiero, segnatamente all’art. 8, rubricato “pubblica istigazione e apologia” che recita: “(1) *Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti previsti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. (2) La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l’apologia di alcuno dei delitti previsti nel comma precedente*”. La disposizione può, invero, solo in parte potersi considerare a tutela di categorie vulnerabili e mira, altresì, a reprimere una forma di manifestazione di hate. I fatti cui l’istigazione o l’apologia devono riferirsi, per come descritti negli artt. 1-5 L. 962/1967, presuppongono che le vittime siano individuate in ragione di sole quattro categorie di appartenenza: nazionalità, etnia, razza o religione. Al di fuori di queste ipotesi non si versa – in termini strettamente legali – in casi di genocidio né, di conseguenza, di istigazione/apologia dello stesso. Peraltro, ancora una volta la giurisprudenza ha ribadito la

⁴⁶³ Cfr. *supra*, capitolo 1, § 3.2. e, in particolare, § 3.2.3.

necessità dell'ulteriore requisito di pericolosità in concreto della condotta, che ha rilevanza penale purché *“presenti, per le modalità che la connotano, per le caratteristiche dei destinatari, per il particolare momento storico-politico e sociale in cui si svolge, la rilevante possibilità di condurre in concreto, per la sua forza persuasiva, alla ripetizione del fatto che viene elogiato e proposto come vivo ed attuale modello di azione”*⁴⁶⁴. Tale requisito contribuisce a rendere dubbio, sotto il profilo dell'offensività, che il bene giuridico tutelato dalla norma penale in questione coincida con beni riferibili alla persona in quanto singolo o in quanto membro di un gruppo, cosa che la priva di interesse per la presente indagine. Peraltro, trattandosi di una fattispecie limitata quanto ai gruppi di potenziali vittime considerabili, deve concludersi che solo parzialmente una tale disposizione potrebbe fungere da norma che sanzioni una forma di hate speech in senso proprio e, in ogni caso, non si tratta di una norma a tutela delle persone LGBT.

⁴⁶⁴ Corte Ass. Milano, sez. I, sent. 14 novembre 2001, in *Foro Ambrosiano*, 2002, p. 105. Si fa presente, tuttavia, che ad una interpretazione meno restrittiva era approdata una risalente giurisprudenza di legittimità che rifiutava la natura di reato di pericolo concreto, affermando che la fattispecie di apologia di genocidio *“è un reato di pura condotta, che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di alcune popolazioni africane ed asiatiche; l'idoneità della condotta ad integrare gli estremi del reato non è quella a generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidari, ma quella più semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio”*. Cass. Pen., sent. 29 marzo 1985, in *Il Foro italiano*, 1986, II, p. 19, con nota di Fiandaca G.

3.1.2. Istigazione all'odio tra le classi sociali.

Un'altra fattispecie che potrebbe venire in rilievo per l'incriminazione di una forma di hate speech è quella prevista e punita dall'art. 415 c.p., seconda ipotesi, alla cui stregua è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni “*chiunque pubblicamente istiga (...) all'odio fra le classi sociali*”. La struttura della norma lascia effettivamente intravedere una possibile incriminazione di hate speech; in particolare l'impiego del termine “odio” induce molto ad instaurare una connessione con il concetto di “hate” seppur tenendo presente la non perfetta sovrapponibilità tra i due concetti. Nella giurisprudenza si è offerta una nozione di odio fra le classi sociali in termini di “*sentimento di profonda avversione nei confronti di altra o altre classi che di regola porta alla sopraffazione di queste con ogni mezzo*”⁴⁶⁵. Occorre, tuttavia, dare atto che tale definizione non è univocamente accettata, segnatamente sotto il profilo del necessario fine di suscitare un netto antagonismo tra classi sociali anziché una mera avversione⁴⁶⁶. A prescindere da tale considerazione, di poco ausilio per una ricostruzione della fattispecie in termini di hate speech è il concetto di “classe sociale”. che è stato inteso originariamente in senso molto ampio, fino a ricomprendervi un gruppo di persone unite insieme da comuni interessi, ideologie, tradizioni⁴⁶⁷. La giurisprudenza, tuttavia, ha accolto una diversa interpretazione di classe sociale nell'accezione di categoria

⁴⁶⁵ Cass. Pen., sez. I, sent. 17 maggio 1972, in *Cass. Pen. Mass.*, 1973, p. 1247.

⁴⁶⁶ Cfr. DE VERO G., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 283 e ss.

⁴⁶⁷ In tal senso si veda MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, UTET, Torino, 1985, pp. 184-185.

individuata da comunanza di interessi economici⁴⁶⁸. In entrambi i casi, tuttavia, non pare ricomprensibile alcuna delle categorie di persone vulnerabili che sarebbero *target* di discorsi d'odio e di crimini d'odio, in quanto la sussistenza di una classe sociale presuppone, almeno nell'interpretazione più ampia, una comune carattere culturale (avere in comune interessi) non identitario (avere in comune caratteristiche personali). Nell'accezione pur ampia – ma comunque non condivisa dalla giurisprudenza – la categoria delle persone LGBT rientrerebbe, eventualmente, solo in via indiretta, nei limiti in cui i propri membri avessero in comune interessi riferibili alla propria identità (ad es., lotta per i diritti civili) e non semplicemente la propria identità (cioè in quanto individualmente contraddistinti da una certa identità sessuale). Peraltro occorre, altresì, evidenziare che la fattispecie di istigazione all'odio tra classi sociali con una sentenza additiva della Consulta è stata dichiarata incostituzionale “*nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*”⁴⁶⁹. Ed anche in questo caso la tutela

⁴⁶⁸ *Ex plurimis*, Cass. Pen, sez. I, sent. 18 marzo 1953, in Giur. It., 1953, II, p. 309.

⁴⁶⁹ Corte Cost., sent. 23 aprile 1974, n. 108, in Giur. Cost., 1974, p. 773 ss. La Corte ha argomentato della origine politico criminale di tale fattispecie, già presente nell'abrogato codice Zanardelli (art. 247) con l'aggiunta dell'elemento “modalità pericolosa per la pubblica tranquillità”, per cui la riproduzione della norma nel codice Rocco senza il requisito in questione risultava strutturata “*in guisa da non escludere che essa possa colpire anche la semplice attività diretta a manifestare e ad inculcare in altri una ideologia politica o filosofica basata sulla lotta e il contrasto fra le classi sociali*” e prestandosi, pertanto, ad essere un reato di mera manifestazione del pensiero. L'interpretazione costituzionalmente conforme della fattispecie in questione, alla luce di un

della classe sociale (anche se non nell'accezione di "gruppo" rilevante per le manifestazioni criminose dell'hate) sarebbe solo mediata rispetto alla pubblica tranquillità di cui la norma rappresenta una forma di tutela anticipata. Può quindi concludersi che la fattispecie in esame – peraltro nella pratica di rara applicazione – non può essere considerata una vera e propria forma di tutela contro l'hate speech e l'hate speech, tanto meno contro fatti ispirati da omofobia.

3.1.3. I motivi abietti o futili ed hate crime omofobici.

Ove l'autore di un fatto costituente reato sia stato mosso da pregiudizio nell'esecuzione del proprio proposito criminoso può venire in rilievo l'aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 1), c.p., "*l'aver agito per motivi abietti o futili*". Si tratta di una aggravante comune che, pertanto, può essere applicabile per qualunque reato previsto dall'ordinamento vigente, caratteristica che ben si presta a fungere da elemento di raccordo tra reato comune⁴⁷⁰ ed hate crime. Essendo l'hate lo sprone interno all'azione criminosa, una norma che valorizzi espressamente i motivi a delinquere ben si presta a strutturare una fattispecie di "hate crime". La congiunzione disgiuntiva tra "abietti" o "futili", lungi dall'esprimere una valenza sinonimica dei due attributi, contribuisce ad evidenziarne una differenziazione. È "futile" il motivo dell'azione quando quest'ultima trovi la propria causa in uno "*stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato*

bilanciamento con l'art. 21 Cost. ha, pertanto, spinto il Giudice delle leggi ad optare per la necessaria integrazione della fattispecie con il requisito pretermesso nel codice del '30.

⁴⁷⁰ In questo caso l'espressione "reato comune" non è impiegato in senso tecnico, ma come fatto di reato non motivato da hate.

da apparire non solo alla coscienza collettiva, ma anche a quella in cui il reo vive ed opera, del tutto insufficiente a causare l'azione delittuosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un pretesto o una scusa per l'agente per dar sfogo al suo impulso criminale"⁴⁷¹. In questa accezione, il motivo futile presuppone uno "stimolo esterno"⁴⁷² che nella fenomenologia degli hate crime non è presente se non occasionalmente o unitamente ad altri motivi⁴⁷³. Rilevante risulta, invece, il concetto di motivo abietto, inteso come *"turpe, ignobile, che rivela nell'agente un tale grado di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca repulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano"*⁴⁷⁴. La considerazione del motivo nell'ambito del diritto penale

⁴⁷¹ CAPUTO M., *Art. 61 c.p.*, in LATTANZI G.-LUPO E. (a cura di), *Codice penale. Rassegna di Dottrina e Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2010, Vol. III, p. 37. Si veda altresì MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, 2011, p. 409; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 405.

⁴⁷² A riprova della necessità di uno "stimolo esterno", la valutazione di detto stimolo viene presa in considerazione dalla giurisprudenza per escludere la contemporanea configurabilità dell'aggravante in questione e dell'attenuante della provocazione (art. 62, n. 5), c.p.), in ragione del diverso valore (tutt'altro che futile) che lo stimolo esterno della provocazione assume nella dinamica della condotta. Si veda Cass. Pen., 16 luglio 1982, in *Rivista Penale*, 1982, p. 525; cfr. altresì FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 450.

⁴⁷³ Si pensi all'esempio del diverbio per motivi di rapporti di vicinato che degeneri in omicidio ove la vittima sia altresì omosessuale e nel corso della lite sia altresì esternato con parole ingiuriose il pregiudizio omofobico dell'autore.

⁴⁷⁴ Cass. Pen., sez. I, sent. 6 maggio 2008, n. 32851.

non è priva di rilievi critici: il motivo viene inteso come “*causa psichica, conscia o inconscia, della condotta umana, cioè la forza psichica, lo stimolo, che ha indotto l’individuo ad agire, la molla che ha fatto scattare la volontà*”⁴⁷⁵, ed in quanto tale rappresenta un elemento con forti punti di contatto con la personalità dell’agente. Un giudizio sui motivi dell’agente rischia di tradursi in un giudizio sull’atteggiamento interiore dell’autore in termini eticizzanti⁴⁷⁶, pertanto incompatibili con un diritto penale del fatto. La definizione di motivo abietto accolta dalla giurisprudenza, invero, risulta evidentemente caricata di una connotazione etica laddove prende come parametro del giudizio di abiezione del motivo la “*persona di media moralità*”⁴⁷⁷, il “*sentire comune della comunità sociale*”⁴⁷⁸, la “*coscienza collettiva*”⁴⁷⁹ o ancora la “*generalità delle persone*”⁴⁸⁰. E pare inevitabile che in tal modo la valutazione risulti affidata interamente al giudice con la duplice discutibile conseguenza di una violazione del principio di uguaglianza e di una stretta connessione tra applicazione dell’aggravante e la personale visione etica del giudice stesso. A tal proposito pare potersi condividere l’opinione di chi ritenga doversi qualificare come abietti quei motivi “*connotati da dispregio e negazione dei fondamentali valori della persona*”, cosa che consente l’ancoraggio del giudizio a valori fondamentali rinvenibili

⁴⁷⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 648.

⁴⁷⁶ Cfr. LICCI G., *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 82-83.

⁴⁷⁷ Cass. Pen., sez. I, sent. 6 maggio 2008, n. 32851

⁴⁷⁸ Cass. Pen., sent. 29 marzo 2002, CED 221525.

⁴⁷⁹ Cass. Pen., sent. 21 settembre 2007, CED 237686.

⁴⁸⁰ Cass. Pen., sent., 11 luglio 1996, in *Cassazione penale*, 1997, p. 2046 e ss.

nel diritto positivo (Costituzione, CEDU, ecc.)⁴⁸¹. Da una simile riflessione deriva anche un ancoraggio più saldo dell'interpretazione ai principi del diritto penale del fatto, in quanto l'aggravante, ontologicamente soggettiva, si fonda su di un obiettivo maggior disvalore in termini di offesa, sulla cui base è possibile giustificare un inasprimento sanzionatorio⁴⁸². Se l'omofobia intesa quale motivo che ispira uno specifico fatto criminoso possa considerarsi abietto nei termini di cui all'art. 61, n. 1), c.p., non è un assunto condiviso. In realtà la conclusione cui si giunge dipende dal tipo di approccio interpretativo che si offre del concetto di motivo abietto. Secondo l'interpretazione di chi prende come parametro il comune sentire della comunità sociale risulterà arduo ritenere che l'omofobia – specie in Italia – susciti un senso di ripugnanza e possa integrare la circostanza in questione⁴⁸³. Lo stesso Autore sottolinea, peraltro, come finanche nella magistratura, in tempi tutt'altro che risalenti, vi sia chi ritenga la stessa affettività omosessuale motivo abietto rispetto ad un delitto passionale⁴⁸⁴. Secondo

⁴⁸¹ In tal senso RICCARDI G., *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. Trim.*, 3/2013, p. 47, ove l'Autore sottolinea, peraltro, come tale obiettivazione della valutazione del motivo abietto sia in linea con talune recenti pronunce che hanno considerato abietti i motivi fondati sulla negazione del diritto di autodeterminazione della persona (Cass. Pen., sez. I, sent. 18 febbraio 2010, n. 6587).

⁴⁸² RICCARDI G., *Omofobia e legge penale*, cit., p. 48.

⁴⁸³ In tal senso DOLCINI E., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, n. 11, p. 1396, ove si sottolinea come anche nel discorso pubblico ed istituzionale siano comuni posizioni ostili al mondo LGBT.

⁴⁸⁴ DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *RIDPP*, 2013, p. 13. Trattasi di un caso di omicidio commesso da un omosessuale in danno di un

l'interpretazione costituzionalmente orientata l'omofobia potrebbe, invece, assurgere a motivo abietto in quanto il fatto motivato da omofobia consisterebbe nella negazione della pari dignità della vittima in ragione della propria identità sessuale⁴⁸⁵. Tale ultima considerazione pare essere preferibile sul presupposto della maggiore persuasività dell'interpretazione dei motivi abietti in base a parametri obiettivi (*rectius*, normativi) di riferimento. Peraltro, contrariamente a quanto rilevato fino a tempi recenti⁴⁸⁶, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto l'aggravante dei motivi abietti in un caso di aggressione a sfondo omofobico, confermando, in ogni caso, la compatibilità del movente omofobico con l'applicazione dell'art. 61, n. 1), c.p.⁴⁸⁷. Tuttavia la considerazione dei motivi omofobici

soggetto del quale si era innamorato ma da cui era stato respinto. In tale procedimento il PM aveva contestato l'aggravante dei motivi abietti in riferimento alla natura omosessuale della relazione. La Cassazione ha respinto l'impostazione accusatoria, escludendo che *“il concetto di «abietto» possa riferirsi ai sentimenti di affetto e di amore propri di ogni essere umano, sia esso omosessuale ovvero eterosessuale”*. Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. 22 aprile 2009, n. 16968, Bottari, CED 243914.

⁴⁸⁵ Così ancora RICCARDI G., *Omofobia e legge penale*, cit., p. 47.

⁴⁸⁶ DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., p. 13, ove si esclude che fino ad allora la giurisprudenza avesse mai applicato l'aggravante dei motivi abietti a fatti motivati da omofobia.

⁴⁸⁷ Trib. Napoli, sez. VII pen., pres. Di Stefano, sent. 11 dicembre 2014, inedita. In tale pronuncia i giudici hanno affermato trattarsi di *“fatti posti in essere con inaudita, ingiustificata e sempre crescente violenza, per abietti e futili motivi trovanti origine nell'intolleranza omofoba e per affermare, con modalità indiscutibilmente vigliacche, la loro supposta superiorità, evidentemente basata solo sulla forza fisica”*. DEL PORTO D.-DE ROSA A. L., *Piazza Bellini: “Fu una aggressione vigliacca e omofoba”*, in *La Repubblica*, 22 maggio 2015, consultabile

come motivi abietti – e quindi in termini di aggravante ad effetto comune – è da taluni criticata, in quanto sminuirebbe il maggior carico di offensività che reca in sé un reato motivato dall’hate e, nella specie, motivato da hate di natura omofobica. Il riferimento è al cd. “*in terrorem effect*”⁴⁸⁸ determinato dagli hate crime, per cui il fatto che coinvolge la singola vittima diviene messaggio per tutte le altre persone del gruppo di appartenenza della vittima stessa, pregiudicandone la tranquillità, sicurezza e libertà di circolazione⁴⁸⁹: su tale base si sostiene la non irragionevolezza di un ulteriore incremento sanzionatorio rispetto a quello determinato da un’aggravante a effetto comune. Si deve tuttavia considerare che, quand’anche venisse sdoganata l’applicazione dell’aggravante di cui all’art. 61, n. 1), c.p. per fatti di reato motivati da omofobia, ove nell’ordinamento fossero presenti fattispecie di reato più specifiche per reati qualificabili come hate crime e fondati su pregiudizi di varia natura, irragionevole risulterebbe la collocazione dei motivi omofobici in un contesto diverso da quello proprio della criminalità da pregiudizio. Non pare inopportuno ribadire che, oltre le considerazioni di carattere criminologico che conducono a ritenere l’omofobia equiparabile ad altri pregiudizi (razzismo, etnocentrismo, nazionalismo,

all’indirizzo

http://napoli.repubblica.it/hermes/inbox/2015/05/22/news/titolo_no_n_esportato_da_hermes_-_id_articolo_405248-114955071/

⁴⁸⁸ Su cui si veda *supra*, capitolo 1, § 3.2.1.2.

⁴⁸⁹ In questi termini GATTUSO M., *Che cosa dice veramente la legge sull’omofobia: ovvero, il bambino e l’acqua sporca*, in *Articolo 29*, consultabile all’indirizzo <http://www.articolo29.it/2013/che-cosa-dice-veramente-la-legge-sullomofobia-ovvero-il-bambino-e-lacqua-sporca/>

ecc.)⁴⁹⁰, anche la Corte EDU ha espressamente affermato che “*la discriminazione basata sull’orientamento sessuale è tanto grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l’origine o il colore*”⁴⁹¹, da cui si evince l’opportunità di un trattamento uniforme dei fatti motivati da pregiudizio omofobico e di quelli motivati da pregiudizi di altra natura.

3.1.4. La Legge Reale-Mancino.

L’ordinamento giuridico italiano ad oggi non contempla una specifica tutela penale per le vittime di reati ispirati da odio omofobico o transfobico, mentre una specifica tutela di natura penale è riconosciuta rispetto a condotte ispirate da odio razziale, etnico, nazionale e religioso. Si tratta delle disposizioni penali contenute nella L. 13 ottobre 1975, n. 654 (*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1975*) cd. “Legge Reale”, modificata ed integrata con D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 25 giugno 1993, n. 205 (*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*) cd. “Legge Mancino”, nonché dall’art. 13, L. 24 febbraio 2006, n. 85 (*Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*)⁴⁹². Strutturalmente il testo della legge Reale consta di 4 articoli seguiti dai 25 articoli della convenzione di New York nella versione ufficiale in

⁴⁹⁰ Su cui si veda *supra*, capitolo 1, § 3.2.1.2.

⁴⁹¹ Corte EDU, sez. V, sent. 9 febbraio 2012 – Vejdeland ed altri c. Svezia (ric. n. 1013/2007), in RIDPP, 2013, pp. 405 e ss., in particolare punto 55 delle motivazioni (p. 415).

⁴⁹² Quando ci si riferirà alla legge 654/1975 come modificata dalla legge Mancino, la si indicherà come *Legge Reale-Mancino*.

lingua italiana. Dei primi quattro articoli gli artt. 1, 2 e 4 contengono le statuizioni formali relative all'esecuzione della convenzione del territorio dello Stato (rispettivamente l'autorizzazione alla ratifica conferita al Presidente della Repubblica, l'ordine di esecuzione della Convenzione e la disposizione finanziaria). Disposizione ulteriore rispetto al testo della Convenzione stessa è il testo dell'art. 3, il quale rappresenta attuazione dell'art. 4, lett. a) della Convenzione stessa, alla cui stregua *“gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'articolo 5 della presente Convenzione, ed in particolare: a) A dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento; b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività.”* Sulla scorta dell'adesione italiana a tale

obbligo sovranazionale, il prefato art. 3 della Legge Reale, nella sua versione originaria disponeva: “ (1) *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni: a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. (2) E' vietata ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio o alla discriminazione razziale. (3) Chi partecipi ad organizzazioni o associazioni di tal genere, o presti assistenza alla loro attività, è punito per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da uno a cinque anni. (4) Le pene sono aumentate per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni*”. Da tale norma, in questa sua originaria formulazione, emergono distintamente due ipotesi di reato di natura delittuosa che accomunano più fattispecie mediante un unico trattamento sanzionatorio. Si tratta in primo luogo, delle condotte di “diffusione di idee” e di “incitamento alla discriminazione, alla commissione di atti di violenza o alla provocazione al compimento di atti di violenza”, entrambe assoggettate alla pena della reclusione da uno a quattro anni; in secondo luogo la “partecipazione ed assistenza ad organizzazioni razziste”, assoggettata alla pena della reclusione da uno a cinque anni. La direzione e promozione di tali organizzazioni viene strutturata come circostanza aggravante ad effetto comune rispetto alla partecipazione alle dette organizzazioni. A modificare tale impianto è intervenuto il D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 25 giugno 1993, n. 205,

che con l'art. 1 sostituisce l'art. 3 della legge Reale distinguendo le singole ipotesi di reato ed assoggettandole a trattamenti sanzionatori autonomi. In particolare è punito *“a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”*. La disposizione relativa alle associazioni vietate viene modificata eliminando il concetto di “odio” tra le finalità fondanti l'illiceità delle associazioni, e lo si sostituisce con “violenza”. Alla natura razziale della finalità perseguita dalle associazioni si aggiungono, poi, le ulteriori motivazioni etniche, nazionali e religiose. Si introduce un'ulteriore fattispecie relativa all'uso di simboli e manifestazioni esteriori delle associazioni vietate⁴⁹³ nonché, all'art. 3, un'aggravante ad effetto speciale: *“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”*. Il successivo comma 2 rende, poi, la predetta circostanza non bilanciabile con

⁴⁹³ Art. 2, comma 1, D.L. 122/1993, alla cui stregua *“Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila”*.

altre circostanze attenuanti con l'eccezione dell'attenuante della minore età dell'autore⁴⁹⁴. L'ultimo intervento volto a novellare il sistema delle norme penali antidiscriminazione si colloca in una più generale revisione delle norme dell'ordinamento penale italiano che potevano considerarsi reati di opinione, retaggio del sistema autoritario di stampo fascista e non più compatibili con la Costituzione repubblicana, in particolare con l'art. 21 Cost. che disciplina la libertà di manifestazione del pensiero. Sulla base di tali intenti la L. 24 febbraio 2006, n. 85⁴⁹⁵ con l'art. 13 ha modificato l'art. 3 della L. 654/1975 sostituendo al "diffondere in qualsiasi modo" il verbo "propagandare" ed al concetto di "incitare" quello di "istigare". Ulteriore modifica riguarda il trattamento sanzionatorio dell'ipotesi di propaganda, ridotto da un massimo di tre anni di reclusione ad un massimo di un anno e sei mesi, peraltro in alternativa alla pena pecuniaria (multa fino a 6000 euro).

3.1.4.1. L'oggetto giuridico della tutela.

Il testo oggi vigente della Legge Reale-Mancino consta di plurime distinte fattispecie, un'analisi delle quali non può prescindere dall'individuazione del bene giuridico oggetto della tutela. Non vengono in soccorso, a riguardo,

⁴⁹⁴ *"Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante"*.

⁴⁹⁵ Per un panoramica generale sulla portata dell'intervento normativo in questione si veda PULITANÒ D., *Riforma dei reati d'opinione?*, in *Corriere Giur.*, 2006, 6, p. 745; NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, in *Leg. Pen.*, 2006, 3.

indicazioni del legislatore in quanto, trattandosi di fattispecie poste da una legge speciale, non può ragionarsi come di norma possibile per fattispecie collocate nella parte speciale del codice penale, ordinate in specifici titoli, capi e sezioni, in riferimento a specifici interessi/beni giuridici tutelati⁴⁹⁶. L'indagine è stata, invero, condotta a partire dall'ermeneutica di quelle fattispecie della Legge Reale-Mancino che assoggettano a pena la manifestazione del pensiero⁴⁹⁷. Si è osservato che la libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano gode della tutela assai ampia di cui all'art. 21 Cost., ove unico limite espressamente previsto è rappresentato dal buon costume⁴⁹⁸. Ciò non significa, in termini assoluti, che il legislatore non possa limitare questo diritto. Da un lato si osserva che vietare determinati contenuti di pensiero aprioristicamente rappresenterebbe una forma di tutela di un ordine pubblico ideale⁴⁹⁹, di un certo specifico assetto di valori. Autorevole Dottrina ha a riguardo sottolineato come una tale impostazione si traduce nell'imposizione del "conformismo delle opinioni" e quindi nella conservazione e nel rafforzamento degli assetti di potere esistenti, aspetto che si contrappone ad un'idea di democrazia pluralista quale quella disegnata dalla Costituzione repubblicana⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Cfr. PULITANÒ D., voce "*Offensività del reato (principio di)*", in *Enciclopedia del diritto*, annali VIII, Giuffrè, pp. 669.

⁴⁹⁷ Per una disamina in tal senso si veda AMBROSINI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXVIII, n. 3, settembre 2008, p. 523.

⁴⁹⁸ Si veda per tutti SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in RIDPP, 2007, p. 702.

⁴⁹⁹ AMBROSINI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 528.

⁵⁰⁰ FIORE C., *I reati di opinione*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, ESI, Napoli, 2002, p. 14.

Si sottolinea, tuttavia, come il pluralismo designato dalla Costituzione sia incarnato nel principio di laicità, inteso come equidistanza da qualsivoglia particolare concezione etica. Questo non significa che lo Stato non abbia una propria scala di valori di riferimento che l'ordinamento giuridico – nella specie, il diritto penale – possa e debba rafforzare e tutelare con i propri strumenti⁵⁰¹. Tale gerarchia di valori è rappresentata proprio da quei principi che, dal punto di vista tecnico-giuridico, sono alla base dello Stato democratico di diritto e trasfusi nella Carta costituzionale quali principi fondamentali, tra cui si annovera la libertà di manifestazione del pensiero. Per queste considerazioni deve escludersi che la norma penale incriminante la manifestazione del pensiero possa sanzionare una “mera” manifestazione del pensiero, contenutisticamente determinata, senza sconfinare in un negazione della stessa scala di valori stabilita dalla Carta costituzionale. La limitazione penalistica della libertà di espressione potrà, pertanto, giustificarsi a fronte della violazione di principi costituzionali di pari o superiore grado, con la conseguente necessità di un bilanciamento. In queste ipotesi entra in gioco il bilanciamento in concreto, quello, cioè, effettuato non già dal legislatore a livello della fattispecie astratta ma dal giudice nel momento dell'applicazione di quest'ultima⁵⁰². Orbene,

L'Autore parla in tale contesto di “*democrazia paternalistica*” con riferimento a quel tipo di democrazia il cui “*il pensiero critico trovi continuamente davanti a sé valori «sacri»*” tutelati tramite il diritto penale.

⁵⁰¹ PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in RIDPP, 2006, p. 64 ss.

⁵⁰² In tal senso ancora SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 710-711. Cfr. TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 94-95, ove in riferimento alle pronunce della

quale bene o principio possa non essere suscettibile di compressione rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, ad esempio, è dalla giurisprudenza individuato univocamente nella dignità umana *sub specie* di onore, tutelato dagli art. 594 (ingiuria) e 595 (diffamazione) c.p.⁵⁰³; e di dignità umana ha parlato anche la giurisprudenza con riferimento al bene giuridico tutelato dalle fattispecie previste dalla Legge Reale-Mancino, non senza contrasti interpretativi in ordine a tale concetto. La dignità umana, infatti, è un concetto molto indeterminato, suscettibile di varie interpretazioni. Anzitutto denota un concetto non già giuridico, ma metagiuridico, non immanente rispetto all'ordinamento ma trascende, sì da intersecarsi immancabilmente con diversi livelli cognitivi che ne rendono magmatico il piano dell'interpretazione⁵⁰⁴.

Corte costituzionale in materia di reati di manifestazione del pensiero – ad es., art. 415 c.p., art. 5 della Legge Scelba – si evidenzia l'applicazione del “principio dissociativo” nell'interpretazione della fattispecie. Le norme denunciate dinanzi al Giudice delle leggi sono state, cioè, fatte salve mediante l'introduzione di una “regola differenziatrice”, esclusiva dei casi generali la cui inclusione da parte del legislatore andrebbe, altrimenti, a colpire con lo strumento della sanzione criminale le manifestazioni di determinati contenuti comunicativi.

⁵⁰³ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., p. 711. Il riferimento all'onore come declinazione della dignità umana viene ravvisato nella “pari dignità sociale” di cui all'art 3, comma 1, Cost., ricomprendente entrambi gli aspetti dell'onore (onore in senso soggettivo e decoro). Cfr. FERLA L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in RIDPP, 2007, IV, p. 1462.

⁵⁰⁴ In tal senso DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 240; HASSEMER W.,

La dignità intesa come qualificazione normativa dell'essere umano⁵⁰⁵, in senso assoluto, non è oggetto di un diritto fondamentale ma il presupposto di ciascuno di essi⁵⁰⁶. Nella Costituzione italiana, dove un esplicito riferimento alla dignità umana come principio assoluto non si rinviene⁵⁰⁷, non può dirsi che la stessa non sia presente: essa è ricavabile – e la giurisprudenza costituzionale così argomentando la ricava – dal concetto di persona umana quale elemento centrale di tutto l'ordinamento costituzionale, espresso dall'art. 2 Cost.⁵⁰⁸. La concretizzazione di tale concetto sotto il profilo giuridico risulta a dir poco ardua e, in ogni caso, non immune da

Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana, in *Ars interpretandi*, 2007, p. 126.

⁵⁰⁵ BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXXIII, n. 4, dicembre 2013, p. 830.

⁵⁰⁶ DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, cit., pp. 266-267.

⁵⁰⁷ A differenza della Legge Fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, ove la dignità umana in senso astratto rappresenta il fondamento espresso dell'intero assetto costituzionale ed è menzionata in apertura, all'art. 1, comma 1, GG: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”.

⁵⁰⁸ DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, cit., p. 259. Sul principio personalista nella Costituzione italiana si veda, inoltre, VEDASCHI A., *Il principio personalista*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 274. Si veda altresì SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007, ove l'Autore sottolinea che “*la dignità, in quanto presupposto assiologico dei diritti fondamentali, prende il posto, (...) della stessa sovranità popolare, nel senso che lo stesso popolo sovrano non possiede il potere giuridicamente fondato di intaccare la dignità della persona*”.

condizionamenti etici propri degli interpreti, fino a ricomprende aspetti dell'umano vivere ontologicamente in contrasto tra loro quali ad esempio la dignità umana in termini di diritto all'autodeterminazione della donna e la dignità umana in termini di diritto dell'embrione a crescere, svilupparsi e vivere⁵⁰⁹: un concetto di tale generica portata, in sostanza, si presta ad una determinazione di tipo casistico, per cui solo caso per caso è possibile stabilire cosa in concreto sia la dignità umana, privando la categoria stessa di quella funzione di parametro di bilanciamento che le si può riconoscere solo se il suo significato sia preventivamente determinato⁵¹⁰. Invero, ogniquale volta la giurisprudenza costituzionale ha effettuato bilanciamenti in base alla dignità umana in astratto, ha frequentemente ricondotto il concetto ad un ambito più concreto, declinandolo talvolta in termini di "uguaglianza" e talvolta in termini di "libertà"⁵¹¹. Tale atteggiamento interpretativo è stato ed è tuttora oggetto di dure critiche, in quanto da un lato si serve di un bene non bilanciabile per antonomasia in considerazione della sua

⁵⁰⁹ Questo ed altri esempi riporta ROXIN K., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafandrohungen*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, p. 723. Si veda altresì AMBROSINI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 532.

⁵¹⁰ TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit., p. 12.

⁵¹¹ DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, cit., pp. 264-265; sulle ambiguità della giurisprudenza in ordine all'interpretazione della dignità umana come criterio di bilanciamento si veda altresì CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, 2011, p. 143.

natura pregiuridica e dall'altro lo interpreta in senso restrittivo, limitandolo ad uno specifico aspetto⁵¹². L'impossibilità di sottoporre a bilanciamento la dignità umana in senso astratto ed onnicomprensivo con altri diritti fondamentali si giustifica anzitutto per la non omogeneità dei valori in gioco, per il naturale primato della dignità, che preclude aprioristicamente il bilanciamento medesimo⁵¹³; in secondo luogo perché qualsiasi diritto fondamentale – ivi compresa la libertà di manifestare il proprio pensiero – è riconducibile all'alveo della dignità secondo una specifica declinazione. L'utilizzo in giurisprudenza dei concetti di libertà ed uguaglianza per restringere l'ambito interpretativo del concetto di dignità hanno condotto all'individuazione di un concetto più ristretto ed autonomo di bene bilanciabile, ricavabile dal dettato costituzionale. Si è osservato che libertà ed uguaglianza siano ontologicamente non equiparabili appunto perché l'uno rappresenta il limite

⁵¹² Particolarmente incisive e determinate le critiche di TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit., pp. 1-43, in particolare p. 6, ove la dignità in senso metagiuridico è definita “*‘lasciapassare argomentativo’ che ‘tappa la bocca’ con la forza autoritativa di un tabù costituzionale per blindare decisioni politico-criminali dietro le quali, in realtà, possono spesso celarsi giudizi di valore altamente opinabili*”. Si veda altresì BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, cit., p. 830-831.

⁵¹³ Si veda la critica mossa da CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste*, cit., p. 138, a Cass. Pen., sez. III, sent. n. 13248/2008, cui si contesta di aver “decostituzionalizzato” gli interessi in gioco da bilanciare, rimuovendone l'omogeneità gerarchica.

dell'altro⁵¹⁴, tuttavia è la stessa giurisprudenza che ha isolato un concetto generale ma allo stesso tempo dotato di un contenuto circoscritto e bilanciabile, individuato nella “pari dignità”⁵¹⁵. Il principio si ricava dal combinato disposto degli Artt. 2 e 3 Cost., il libero svolgimento della personalità come singolo e nelle formazioni sociali e l'uguaglianza di fronte alla legge: ciò significa che ciascuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità in condizioni di parità con gli altri singoli, o, in altri termini, diritto a non essere discriminati⁵¹⁶. Nel caso della libertà di espressione, la pari dignità si traduce nella pretesa di ciascuno all'uguale rispetto, da intendersi non già come diritto ad un “giudizio di approvazione” da parte dei consociati (cd. rispetto-stima) ma un diritto ad essere riconosciuti come pari in ragione della comune umanità, della comune aspirazione ad esprimere liberamente la propria personalità (cd. rispetto-riconoscimento)⁵¹⁷. L'individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie della Legge Reale-Mancino nella “pari dignità” risulta avvalorata anche dall'origine stessa della Legge, di cui vi è traccia nell'intestazione: nata come attuazione della Convenzione di New York contro le discriminazioni razziali, la legge ha come scopo precipuo quello di prevenire e reprimere condotte discriminatorie ed in quanto tale tutela il diritto di ciascuno a non essere

⁵¹⁴ DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, cit., p. 264.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ AMBROSINI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 529.

⁵¹⁷ PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2015, p. 9; BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, cit., p. 833

discriminato. Un simile assunto rende altresì compatibile la ricostruzione della fattispecie secondo la teoria personalistica del bene giuridico, essendo riferibile il bene protetto direttamente a singoli individui e non indirettamente ad essi, per il tramite di beni giuridici collettivi, quali l'ordine pubblico.

3.1.4.2. Le fattispecie della Legge Reale-Mancino.

Come è possibile evincere dal vigente testo della Legge 654/1975, nell'ambito dello stesso articolo vengono ricomprese condotte riconducibili sia alla manifestazione del pensiero sia alla materiale commissione di atti di discriminazione e violenza: può pertanto affermarsi che nella stessa previsione normativa coesistano fattispecie astrattamente qualificabili di hate speech e di hate crime.

3.1.4.2.1. Propaganda razzista.

La prima fattispecie che viene in rilievo è la “*propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*”, prevista dalla prima parte della lettera a) del comma 1, L. 654/1975. Già dalla formulazione la norma si presenta di difficile inquadramento a partire dal grado di offesa al bene giuridico “pari dignità” ricollegabile alla condotta di propaganda. Come si è evidenziato, il termine è stato sostituito al “diffondere in qualsiasi modo” della formulazione antecedente la novella del 2006, di tal che sia in dottrina che in giurisprudenza si è posto il problema di ridefinire la portata della condotta nell'attuale formulazione⁵¹⁸. Parte della giurisprudenza propende per

⁵¹⁸ PAVICH G.-BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle proposte legislative e sulle possibilità di interpretare in*

non attribuire valore semantico all'intervenuta modifica, con conseguente perfetta sovrapponibilità tra i due concetti e continuità normativa⁵¹⁹. Altra giurisprudenza ha invece optato per conferire significatività alla novella in senso restrittivo rispetto alla condotta di diffusione: secondo tale impostazione “propagandare” implica un elemento ulteriore rispetto al “diffondere in qualsiasi modo”, ravvisato dalla Suprema Corte nella *“idoneità a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata poiché propagandare un'idea significa divulgarla, al punto da condizionare o influenzare il comportamento e la psicologia di un vasto pubblico, in modo da raccogliere adesioni intorno ad essa”*⁵²⁰. Tale orientamento, maggiormente condiviso introduce un elemento finalistico che non è esplicitato nella disposizione e non elide i problemi interpretativi. Divulgare al punto di condizionare l'uditorio da un lato si presta ad ipotizzare la necessità del dolo specifico – in termini di “fine di condizionare” – dall'altro potrebbe tradursi nella mera idoneità dell'azione a raggiungere lo scopo⁵²¹. Entrambe le tesi sono state sostenute. In ogni caso la non menzione di un pericolo da accertare in concreto quale conseguenza della propaganda ha condotto gli interpreti a considerare la fattispecie in esame come reato di mera condotta e, in particolare, di pericolo presunto rispetto al bene giuridico della pari

senso conforme a costituzione la normativa vigente, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014, p. 10.

⁵¹⁹ In tal senso Cass. Pen., sez. III, sent. 7 maggio 2008, n. 37581.

⁵²⁰ Cass. Pen., sez. I, sent. 22 novembre 2012, n. 47894.

⁵²¹ PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in Archivio Penale, 2014, n. 3, p. 8.; si ceda altresì CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste*, cit., pp. 141-142.

dignità⁵²². Si tratta, in sostanza, di una tutela particolarmente anticipata rispetto al bene giuridico protetto, in quanto la norma non richiede che effettivamente derivi un'influenza sui percettori del messaggio in termini di adesione, da cui potrebbe successivamente derivare un pericolo di concrete condotte discriminatorie o violente nei confronti di concreti individui. Ad ogni modo, se la norma in questione consente un accostamento al concetto di hate speech, dall'altro pare inequivocabile che non si presti alla repressione di manifestazioni del pensiero di contenuto omofobico, essendo limitato il contenuto comunicativo alle idee fondate sulla superiorità e sull'odio esclusivamente di natura razziale ed etnica, con esclusione perfino delle due ulteriori caratteristiche prese in considerazione dalla norma in seguito, ossia la religione e la nazionalità⁵²³.

3.1.4.2.2. Condotte discriminatorie.

Nella seconda parte della lettera a) del comma 1, L. 654/1975 è previsto il fatto di chi “*istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*”. Nella fattispecie coesistono due

⁵²² Si veda Corte d'Appello di Venezia, sent. 2 aprile 2007.

⁵²³ In dottrina si è ipotizzato che tale limitazione sia stata voluta per evitare la criminalizzazione di forme di dibattito storico-culturale “*aventi ad oggetto, ad esempio, l'attribuzione di particolare «meriti storici» ad una determinata nazione, ovvero, mutatis mutandis, il riconoscimento ad una particolare confessione religiosa di una maggiore capacità di adattarsi alle esigenze e alla sensibilità proprie di una società moderna ed in costante evoluzione*”. Cfr. DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205, in Legislazione penale*, 1994, p. 179.

ipotesi di reato distinte che sotto il profilo della condotta possono considerarsi rispettivamente di hate speech e di hate crime. La condotta di istigazione ha posto problemi – come quella di propaganda – in relazione alla novella intervenuta nel 2006, in quanto nella precedente versione figurava il verbo “incita”. Sul punto la giurisprudenza, a differenza di quanto si è affermato per la fattispecie di propaganda, sembra non nutrire dubbi in ordine alla perfetta sovrapponibilità dei termini. Si afferma, infatti, che *“secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l’incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l’incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazione razziale continua ad essere riprovevole nella successione delle leggi di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo «incitare» col verbo «istigare» non è altro che una precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma”*⁵²⁴. Si è, tuttavia, osservato che la modifica linguistica non può non tradursi in una modifica anche contenutistica della nozione. Pertanto l’uso del concetto di istigazione, presente nella parte generale del codice penale (art. 115 c.p.) rispetto al termine comune “incitare” ha suggerito l’idea che l’intenzione legislativa possa essere quella di restringere l’ambito del penalmente rilevante. Sulla base di tali considerazioni vi è chi ritiene che anche al concetto di istigazione debba essere ricollegata una intrinseca effettiva idoneità dell’“incoraggiamento verbale” ad essere percepito ed

⁵²⁴ Cass. Pen., sez. III, sent. 7 maggio 2008, n. 37581; cfr. PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 10.

accolto da terzi⁵²⁵. Peraltro, argomentando diversamente, l'assenza di una concreta pericolosità della condotta porterebbe la fattispecie ad un *deficit* in termini di offensività, facendo arretrare la soglia della punibilità al momento della mera manifestazione del pensiero. Il reato di istigazione ad atti di discriminazione resta comunque una fattispecie di mera condotta non dovendone derivare un evento di pericolo, e per lo stesso motivo viene considerata altresì fattispecie di pericolo astratto⁵²⁶. Infatti, quantunque la condotta sia idonea ad essere recepita da terzi come un invito a commettere atti discriminatori – quindi lesivi della pari dignità – una concreta probabilità di verifica riguarda l'accoglimento dell'istigazione, non anche la commissione di un atto discriminatorio direttamente lesivo del bene giuridico. Quest'ultima considerazione, peraltro, conduce parte della dottrina a dubitare della legittimità di un tale arretramento della soglia di punibilità, rappresentando essa un'eccezione rispetto alla regola della non punibilità dell'istigazione in assenza della commissione di un reato (nel caso di specie, di un atto discriminatorio)⁵²⁷. Per quanto riguarda il concetto di “atti di discriminazione” la giurisprudenza tende a desumerne la nozione dalla stessa convenzione di New York ove all'art. 1 la discriminazione razziale è definita come “*ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il*

⁵²⁵ In tal senso PAVICH G.-BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 22.

⁵²⁶ PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 11.

⁵²⁷ MOCCIA S., *La perenne emergenza*, ESI, 1997, p. 105.

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"⁵²⁸. Non mancano, tuttavia, pronunce che tendono ad interpretare la discriminazione servendosi anche di altri strumenti normativi nazionali e sovranazionali, in particolare i principi di non discriminazione desumibili dagli artt. 2 e 3 Cost., la definizione di discriminazione di cui all'art. 2, D.Lgs. 215/2003 il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU⁵²⁹. Rilevante è poi l'elemento della "motivazione" razziale, etnica nazionale e religiosa. Si tratta dell'elemento che dà risalto al bene giuridico tutelato in quanto sottolinea i motivi sulla cui base il diniego alla vittima di pari dignità costituisce illecito penale. Ed in particolare il concetto di motivazione da un lato esprime il pregiudizio dell'autore del fatto, che deve essere alla base della condotta; da questo punto di vista è l'elemento di congiunzione tra il fatto di istigazione o di commissione di atti discriminatori ed il pregiudizio, cosa che consente di classificare la fattispecie come ipotesi normativa di hate speech ed hate crime. Dall'altro tale motivo deve altresì essere incorporato ed espresso dall'azione, la quale deve rappresentarne una esternazione. Altrimenti argomentando, si punirebbe l'autore del fatto per il mero atteggiamento interiore e non anche per il disvalore della condotta in termini di offesa al bene giuridico, postulato da un diritto penale del fatto e non dell'autore. Sotto il profilo

⁵²⁸ Cass. Pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295.

⁵²⁹ Cass. Pen, sez. V, sent. 20 gennaio 2006, n. 9381. Cfr. FERLA L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit., p. 1467; PAVICH G.-BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 22.

dell'offensività le due fattispecie presentano un diverso grado di aggressione al bene giuridico tutelato. L'istigazione si pone come reato di pericolo astratto pur precisandosi che ciò non esonera il giudice – come osservato – dal valutare la pericolosità della condotta in concreto. In tal senso non pare inopportuno, in adesione ad una più complessa classificazione delle fattispecie di reato di pericolo, considerare la fattispecie di istigazione come di “pericolo potenziale”⁵³⁰. La condotta di commissione di atti discriminatori non desta dubbi, invece, in ordine alla configurazione di un'ipotesi di reato di danno. Si osserva, inoltre, che il catalogo dei motivi discriminatori è stato ampliato ad opera della Legge Mancino con l'introduzione del motivo religioso ed la ragione è stata intravista da attenta Dottrina, già nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge di modifica, nell'intenzione legislativa di adeguare le previsioni del diritto penale antidiscriminatorio alle previsioni della legge italiana per la prevenzione e repressione del genocidio⁵³¹ ove è ricompreso altresì il fattore religioso⁵³². Questa ricostruzione si trova in linea con l'inquadramento del

⁵³⁰ Ci si riferisce ad una delle ulteriori ipotesi di classificazione dei reati di pericolo, intermedia tra il pericolo astratto ed il pericolo concreto, prospettata nel diritto austriaco e tedesco. In particolare si parla di “pericolo potenziale” ogniqualvolta la fattispecie non prevede che dalla condotta derivi un pericolo concreto per il bene giuridico protetto ma che la condotta sia essa stessa potenzialmente *idonea a suscitare* un pericolo per il bene giuridico tutelato. Si veda AZZALI G., *Osservazioni sui reati di pericolo*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, p. 1343

⁵³¹ L. 9 ottobre 1967, n. 962, su cui si veda *supra*, § 3.1.1.

⁵³² DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Legislazione penale*, 1994, p. 175.

fenomeno del fenomeno dell'hate speech/hate crime quale prodromo potenziale di fatti genocidiari e l'instaurazione di questo collegamento tra le due leggi rappresenta la recezione normativa della proposta lettura criminologica. Infine non può sottrarsi una critica difficilmente superabile che in dottrina è stata mossa all'impianto della lettera a) – ma anche della lettera b) – dell'art. 3, L. 654/1975, in quanto assoggetta allo stesso regime sanzionatorio condotte dal disvalore marcatamente disomogeneo (propaganda di idee, istigazione alla discriminazione e atti di discriminazione)⁵³³.

3.1.4.2.3. Condotte violente.

Analoga struttura rispetto alla fattispecie di discriminazione presenta l'ipotesi di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 3, L. 654/1975. Essa prevede tre distinte condotte, l'istigazione alla violenza, la commissione di atti di violenza, la commissione di atti di provocazione alla violenza. Anche in questo caso ci si trova di fronte a fattispecie di hate speech e di hate crime in quanto le condotte incriminate hanno rilevanza penale in considerazione dei “motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi” che esprimono il pregiudizio penalmente rilevante. Tratto distintivo delle fattispecie in questione e che ne rappresenta l'elemento comune è il concetto di “violenza”. Quando nelle fattispecie incriminatrici compare l'elemento violenza, la relativa nozione è tendenzialmente ricavata dall'art. 610 c.p., ove l'accento, oltre che sulla condotta di violenza o minaccia, è posto

⁵³³ MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 102.

sull'effetto costrittivo nei confronti della vittima⁵³⁴. Del concetto di violenza la giurisprudenza offre una nozione particolarmente ampia, individuandola in “*qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, ben potendo trattarsi di violenza fisica, propria, che si esplica direttamente nei confronti della vittima, o di violenza impropria, che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione*”⁵³⁵. Quanto alla fattispecie istigativa si richiama integralmente quanto evidenziato con riferimento all'istigazione alla discriminazione⁵³⁶. Maggiori problematiche sono poste, invece, dagli “atti di violenza” e dagli “atti di provocazione alla violenza”. Sotto il primo profilo si sottolineano possibili sovrapposizioni con gli atti di discriminazione, ove quest'ultima si traduca – come quasi sempre si traduce – in una “costrizione”. La definizione di discriminazione, fornita dalla Convenzione di New York ed accettata dalla giurisprudenza, in questa circostanza è relativamente utile a definire i tratti distintivi delle fattispecie: *distinzione, esclusione, restrizione o preferenza* hanno di per se stesse una natura coercitiva in termini di diniego di godimento di un diritto. Nondimeno dalla nozione di discriminazione offerta dal Testo unico sull'immigrazione – D.Lgs. 286/1998 – proviene di certo un criterio che può soccorrere, individuando più concretamente la condotta

⁵³⁴ “Art. 610 c.p. – *Chiunque con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni*”.

⁵³⁵ *Ex plurimis* Cass. Pen., SS.UU., sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, imp. Giulini. Si veda altresì PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 13.

⁵³⁶ Cfr. *supra*, § 3.1.4.2.2.

discriminatoria in quella di chi “*imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire ad uno straniero beni o servizi offerti al pubblico, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità*” (art. 43, comma 2, lett. b), D.Lgs. 286/1998). Su tale base è stato considerato, ad esempio, comportamento discriminatorio (e non violento) il rifiuto posto dal gestore di un bar di servire il caffè a cittadini nordafricani⁵³⁷. Quanto, invece, al concetto di “atti di provocazione alla violenza”, problematiche interpretative si pongono in maniera più intensa, trattandosi evidentemente di un *tertium genus* rispetto ad istigazione e commissione di atti di violenza. Il termine provocazione fa correre il pensiero all’attenuante di cui all’art. 62, n. 2, (detta appunto attenuante della “provocazione”⁵³⁸) consistente nella reazione dell’autore “*in stato d’ira, determinato dal fatto ingiusto altrui*”. In tal senso atti di provocazione alla violenza dovrebbero considerarsi quegli atti rivolti nei confronti delle potenziali vittime di discriminazione onde suscitare una loro reazione violenta⁵³⁹. In dottrina si è sottolineata, invero, l’irragionevolezza di questa previsione, in quanto secondo questa interpretazione – alla quale non pare siano state affiancate interpretazioni diverse – la condotta di atti di provocazione alla violenza coinciderebbe con l’istigazione alla violenza, a prescindere da chi sia il destinatario dell’istigazione (gli stessi discriminati ovvero terze persone)⁵⁴⁰. A tale osservazione potrebbe opporsi che la

⁵³⁷ Cass. Pen., sez. III, sent. 21 dicembre 2005, n. 46783.

⁵³⁸ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 459.

⁵³⁹ PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., pp. 13-14.

⁵⁴⁰ MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 106.

violenza che la provocazione mira a suscitare non rappresenta l'oggetto della istigazione ma una reazione ad un fatto che non nasce come invito espresso ad usare violenza ma rappresenta l'occasione per una reazione violenta. In questo si può condividere l'opinione di chi ritiene che con questa ulteriore previsione il legislatore abbia voluto espressamente ricomprendere ogni possibile condotta mirante anche a giustificare un'aggressione perpetrata a scopo apparentemente difensivo rispetto ad una aggressione proveniente da soggetti discriminati, posta in essere, appunto, a seguito di provocazione⁵⁴¹. Quanto ai "motivi razziali, etnici nazionali o religiosi" possono richiamarsi le considerazioni già proposte in ordine alla fattispecie di cui alla lettera a) del comma 1, L. 654/1975 ed altresì dicasi per il rapporto delle condotte prese in considerazione in termini di offesa al bene giuridico tutelato, precisando che di pericolo potenziale può parlarsi altresì per la fattispecie di atti di provocazione alla violenza. Con riferimento alle fattispecie previste dal primo comma dell'art. 3 L. 654/1975 in generale, la giurisprudenza evidenzia che sotto il profilo soggettivo il reato di propaganda razzista e le fattispecie di istigazione devono essere rette dal solo dolo generico, mentre la commissione di atti di istigazione alla discriminazione ed alla violenza, nonché gli atti di provocazione alla violenza devono configurarsi come reati a dolo specifico. Nel primo caso, infatti, il motivo discriminatorio viene assorbito nella stessa condotta espressiva (hate speech), mentre nel secondo caso il motivo discriminatorio eccede la condotta stessa⁵⁴².

⁵⁴¹ PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 14.

⁵⁴² In tal senso Cass. Pen., sez. III, sent. 7 maggio 2008, n. 37581.

3.1.4.2.4. Condotta associativa.

Il secondo comma dell'art. 3, L. 654/1975 prevede un'ipotesi di reato associativo. La norma si apre con un generale divieto per ogni "organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi". Le condotte incriminate consistono nella "partecipazione" a tali formazioni vietate nonché nell'"assistenza alle attività". E come è consueto nelle fattispecie associative, anche nella fattispecie in esame il legislatore modula il trattamento sanzionatorio sulla base del ruolo svolto dall'associato nell'ambito delle formazioni elencate distinguendo il ruolo di chi dirige o promuove da quello di chi si limita a partecipare od assistere. La norma, tuttavia, pone evidenti problemi di coordinamento con la fattispecie generale di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. A ben vedere, le formazioni di cui al comma 2 dell'art. 3 L. 654/1975 presentano una base molto più ampia di condotte associative ed anche molto meno offensive di quelle tradizionalmente sussumibili nell'art. 416 c.p. Oltre ad associazioni ed organizzazioni – queste ultime equiparate concettualmente e strutturalmente alle associazioni⁵⁴³ – vengono, infatti, ricompresi anche movimenti e gruppi, fenomeni ben più circoscritti⁵⁴⁴. Si osserva – e non senza atteggiamento critico – che l'introduzione dei movimenti e gruppi, ricalcando le scelte

⁵⁴³ DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, cit., p. 190; PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 15.

⁵⁴⁴ *Ibidem.* Si veda anche MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 101.

legislative relative alla Legge Scelba, ha voluto fare a meno del requisito della stabilità del sodalizio in termini di organizzazione strutturata e di permanenza del vincolo associativo, che rappresentano l'essenza stessa del pericolo di cui alla fattispecie dell'art. 416 c.p.⁵⁴⁵. La partecipazione a gruppi o movimenti occasionali, non strutturati e temporanei, pertanto, lungi dal rappresentare un pericolo per l'ordine pubblico, ove assoggettata a pena rischia di tradursi in "*un'anticipazione esasperata della soglia di intervento penale*", con evidente violazione del principio espresso dall'art. 115 c.p. relativo alla non punibilità del mero accordo⁵⁴⁶. Inoltre i reati fine sono essi stessi reati di pericolo, essendo limitata la punibilità della fattispecie associativa alle ipotesi in cui le formazioni abbiano come scopi l'incitamento alla discriminazione ed alla violenza: ciò tende quasi ad annullare la carica di offensività di una delle condotte minori (gruppi o movimenti) di cui alla fattispecie in esame. Tra le condotte emerge un *novum* rispetto a quelle tipizzate dall'art. 416 c.p., l'assistenza all'attività. In dottrina si sostiene trattarsi di una forma di tipizzazione del concorso esterno nel reato di cui all'art. 3, comma 2, L. 654/1975⁵⁴⁷. A ben vedere non può comunque escludersi che la fattispecie possa rappresentare un richiamo alla norma di cui all'art. 418 c.p., che tipizza le condotte ascrivibili all'assistenza ai

⁵⁴⁵ Cfr. DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, cit., p. 190.

⁵⁴⁶ Così MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 101.

⁵⁴⁷ DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, cit., p. 192; PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 15.

membri di un sodalizio criminale⁵⁴⁸. In quest'ultimo caso, pur segnalandosi *ictu oculi* una molto ridotta offensività della condotta incriminata, verrebbe salvaguardato il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie. Sui reati-fine di cui della fattispecie associativa occorre ancora sottolineare che, a differenza della formulazione del comma 1, non prevedono l'istigazione ma l'incitamento alla discriminazione o alla violenza. L'adesione all'interpretazione di istigazione in termini più restrittivi rispetto all'incitamento comporta che quest'ultima quale reato-fine potrà essere non solo l'istigazione nei termini su meglio precisati, ma anche una condotta espressiva del pensiero diretta a terzi che, tuttavia, di per sé non faccia sorgere pericolo di suscitare o corroborare propositi discriminatori o violenti nei destinatari. Problemi specifici di concorso di norme sorgono, tuttavia, tra l'art. 416 c.p. e l'art. 3, comma 2, L. 654/1975. Invero i reati previsti come fini della fattispecie associativa della Legge Reale-Mancino – ad eccezione delle ipotesi di incitamento diverse dall'istigazione – integrano una fattispecie di reato ai sensi della stessa legge e sarebbero altresì idonei ad assurgere a reati-fine di una associazione per delinquere ai sensi dell'art. 416 c.p. Peraltro la clausola di sussidiarietà con cui si apre il comma 1 dell'art. 3 L. 654/1975 (“salvo che il fatto non costituisca più grave reato”) lascerebbe intendere che la norma speciale della Legge Reale-Mancino non sarebbe mai suscettibile di applicazione ogniqualvolta venisse in rilievo un'associazione diversa da movimenti o gruppi i cui scopi fossero l'istigazione alla discriminazione o alla violenza. Si osserva, infatti, che le pene previste dall'art. 416 c.p. sono più elevate di quelle

⁵⁴⁸ Segnatamente dare rifugio, fornire vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione.

dell'art. 3, comma 2, L. 654/1975 e la clausola di sussidiarietà militerebbe sempre in favore dell'applicabilità dell'art. 416 c.p. Attenta Dottrina ha, tuttavia, giustificato questa apparente aporia rifacendosi all'interpretazione secondo cui l'art. 416 c.p., in quanto esso stesso reato di pericolo, sarebbe insuscettibile di venire in rilievo ove reati-fine fossero fattispecie di pericolo e non di danno, realizzandosi altrimenti una ipotesi di incriminazione di pericolo del pericolo di lesione di un bene giuridico⁵⁴⁹. Ciò spiegherebbe il trattamento sanzionatorio più mite previsto dall'art. 3, comma 2, L. 654/1975 e, contestualmente, la limitazione della previsione dello stesso alle sole ipotesi di pericolo (incitamento) e non anche di danno (discriminazione e violenza). Resta in ogni caso il rilievo di dubbia compatibilità della fattispecie in esame rispetto al principio di offensività, incriminando – come acutamente osservato – un comportamento di “pericolo di pericolo di lesione” rispetto al bene giuridico della pari dignità, tutelato da ciascuna delle norme in esame.

3.1.4.2.5. L'aggravante di cui all'art. 3, D.L. 122/1993.

Da ultimo rileva la circostanza aggravante introdotta *ex novo* dalla Legge Mancino (art. 3). Si prevede un aumento di pena fino alla metà quando un reato punito con pena diversa dall'ergastolo sia commesso per “*finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso*” ovvero “*per agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità*”. Si tratta di un'aggravante ad effetto speciale secondo il disposto

⁵⁴⁹ Così DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, cit., p. 189.

dell'art. 63, comma 3, c.p. ed inoltre, ai sensi dell'art. 3, comma 2 della Legge Mancino, è sottratta al giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti diverse da quella della minore età di cui all'art. 98 c.p. Invero, come è stato sottolineato, per l'ampiezza dell'ambito di applicazione l'aggravante in questione è suscettibile di venire in rilievo molto più spesso di tutte le altre fattispecie di cui alla Legge Reale-Mancino, e per lo stesso motivo risulta anche nella pratica più frequente l'applicazione della stessa nella variante della "finalità di discriminazione" che non in quella del "fine di agevolare le attività" delle formazioni di cui alla Legge Reale-Mancino. Il vero punto nodale è l'accezione di "finalità di discriminazione", espressione "*tutta da decriptare*",⁵⁵⁰ e che ha suscitato non poche perplessità in dottrina ed orientamenti contrastanti in giurisprudenza. Si contesta, in generale non solo l'espressione in sé quanto la scelta del legislatore di aver considerato le finalità anziché i motivi dell'autore nella formulazione dell'aggravante⁵⁵¹. In giurisprudenza vi è contrasto circa l'inquadrabilità delle finalità di discriminazione nell'ambito delle circostanze soggettive ovvero oggettive. Si è sottolineato da un lato che l'azione criminosa "*si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto riprovevole sentimento o comunque a dar luogo in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o*

⁵⁵⁰ Così criticamente MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 103.

⁵⁵¹ PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 20.

religione”⁵⁵². In questa pronuncia si è, in sostanza, messa in evidenza la necessaria compresenza sia di un elemento soggettivo (dolo intenzionale/dolo specifico) che di un elemento oggettivo (idoneità dell’azione a conseguire il fine)⁵⁵³. Una simile interpretazione limiterebbe, tuttavia, l’applicazione escludendo, ad esempio, la sussistenza dell’aggravante ove il fatto sia posto in essere in assenza di terze persone. Alla luce di questa interpretazione, peraltro, altra parte della giurisprudenza ha ritenuto compatibile la sussistenza della predetta circostanza con la circostanza di cui all’art. 61, n. 1, c.p. rappresentando la prima lo scopo perseguito, la seconda i motivi dell’azione criminosa⁵⁵⁴. Tale interpretazione è stata, tuttavia non è stata condivisa da altra giurisprudenza che ha ritenuto irrilevante l’elemento psichico dell’autore in ordine alla finalità, mentre rileverebbe la concreta idoneità della condotta a discriminare o esternare odio nonché, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza della stessa idoneità da parte dell’autore in termini di dolo generico⁵⁵⁵. Quanto all’offensività tale seconda impostazione è coerente con una lesione diretta ed immediata dell’interesse tutelato

⁵⁵² Cass. Pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295; conforme Cass. Pen., sez. V, sent. 15 novembre 2006, n. 37609.

⁵⁵³ FERLA L., *L’applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit., p. 1465.

⁵⁵⁴ Cass. Pen., sez. V., sent. 22 dicembre 2006, n. 42258.

⁵⁵⁵ Cass. Pen., sez. V., sent. 20 gennaio 2006, n. 9381; Cass. Pen., sez. V., sent. 13 ottobre 2008, n. 38591; Cass. Pen., sez. V., sent. 5 ottobre 2009, n. 38597. Si veda anche FERLA L., *L’applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit., p. 1469, nonché PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 21.

dalla norma, rappresentato dalla pari dignità della vittima del reato⁵⁵⁶, non già il pericolo di lesione della pari dignità derivante dalla possibilità di emulazione del gesto da parte di terzi spettatori del fatto di reato. Per quanto riguarda il requisito della discriminazione quale scopo perseguito dall'autore con il reato aggravato ci si richiama alle considerazioni interpretative sopra proposte⁵⁵⁷. Per quanto concerne, invece, l'elemento dell'odio razziale, etnico, nazionale e religioso, come si è opportunamente osservato, non esiste nella convenzione di New York una definizione come per la discriminazione⁵⁵⁸, cosa che spinge l'interprete a doverla ricavare in via interpretativa. Così in giurisprudenza si è affermato essere “sentimento estremo di avversione implicante il desiderio del maggior danno possibile”⁵⁵⁹. Così disegnata la norma in esame si presta a fungere da raccordo tra qualsiasi reato (tranne quelli puniti con l'ergastolo) ed il pregiudizio razziale, etnico, nazionale e religioso, configurando a livello normativo

⁵⁵⁶ Si sottolinea tuttavia che non sono mancate posizioni in giurisprudenza che hanno riconosciuto sussistente l'aggravante in riferimento ad un fatto diretto non già alla persona distinta da caratteristiche di razza, etnia, nazionalità o religione ma a soggetto diverso e accomunato dall'agente alla essenza e ai destini del gruppo avuto di mira con la finalità discriminatoria. Si veda in proposito Cass. Pen., sez. V., sent. 19 ottobre 2011, n. 569, ove si riconosce la sussistenza dell'aggravante in riferimento ad una serie di telefonate ingiuriose a sfondo antisemita dirette ad una docente di storia e studiosa delle persecuzioni antisemite in Italia. Cfr. PAVICH G.-BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione*, cit., pp. 6-7.

⁵⁵⁷ § 3.1.4.2.2.

⁵⁵⁸ FERLA L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, cit., p. 1466.

⁵⁵⁹ Cass. Pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295.

un'estesa previsione di hate crime ove, tuttavia, il pregiudizio non viene assoggettato a sanzione in quanto tale ma in quanto esternato tramite un comportamento dannoso o pericoloso per la pari dignità della vittima – oltre che del bene giuridico ad essa riferibile e tutelato dalla fattispecie che dall'art.3 della Legge Mancino viene aggravata.

3.1.5. Progetti di espressa introduzione del pregiudizio omofobico nell'ordinamento italiano.

Come si è tentato di argomentare in precedenza, la legge Reale-Mancino rappresenta la legge italiana sugli hate speech ed hate crime. Tuttavia, come è possibile notare, i pregiudizi rilevanti ai fini della persecuzione delle condotte ivi previste sono tassativamente limitate a quattro ipotesi: il pregiudizio razziale, etnico, nazionale e religioso. Il pregiudizio omofobico, non figurando, non può rilevare ai sensi delle disposizioni considerate. Invero si segnala una isolata pronuncia di merito⁵⁶⁰ che ha interpretato l'aggravante di cui all'art. 3, D.L. 122/1993 in moto da far ricomprendere tra le finalità discriminatorie anche quelle fondate sull'orientamento sessuale della vittima. L'argomento utilizzato è l'interpretazione della congiunzione disgiuntiva “o” posta tra “discriminazione” e “odio”, di tal che l'elenco di tassativi motivi di pregiudizio debba riferirsi esclusivamente al termine “odio” non anche a “discriminazione”. Tale interpretazione è stata criticata in quanto estensiva dell'incriminazione *in malam partem* oltre che dissonante rispetto alla finalità perseguita dal legislatore con l'intera legge, ossia dare attuazione alla Convenzione di New York sulle discriminazioni razziali

⁵⁶⁰ Tribunale di Trieste, sez. penale, ord. 2 dicembre 2011, GM. Tomassini.

ed etniche⁵⁶¹. In tempi recenti, tuttavia, sono state discusse in Parlamento alcune proposte di legge – di cui di seguito si darà conto – miranti ad introdurre il riferimento alle minoranze sessuali quali vittime di condotte penalmente illecite, anche se ad oggi nessuna delle proposte discusse si è stata approvata.

3.1.5.1. I progetti di legge AC 1658 ed AC 1882.

Il primo tentativo di intervento penale in materia di omofobia e transfobia risale al 17 settembre 2008, quando viene presentato il progetto di legge AC 1658 (Concia ed altri), *“Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, in materia di reati commessi per finalità di discriminazione o di odio fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere”*⁵⁶². Con tale progetto si intendeva effettuare un’operazione di mera estensione delle già vigenti leggi Reale e Mancino, aggiungendo al catalogo dei motivi di discriminazione e di istigazione all’odio ed alla violenza anche i motivi *“fondati sull'identità sessuale e l'identità di genere”*. Di poco successiva è la proposta di legge AC 1882 (Di Pietro, Palomba) – *Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, per la repressione delle discriminazioni per motivi razziali, di orientamento sessuale o di identità di genere*⁵⁶³ – con la quale si

⁵⁶¹ Cfr. RICCARDI G., *Omofobia e legge penale*, cit., p. 50.

⁵⁶² Reperibile all’indirizzo
http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0010640.pdf

⁵⁶³ Reperibile all’indirizzo
http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0014740.pdf

intendeva incidere sul solo art. 3 della Legge Reale-Mancino (non anche, quindi, sull'aggravante di cui all'art. 3 della Legge Mancino. La novella mirava a ripristinare il testo della Legge Reale-Mancino secondo la formulazione antecedente la modifica introdotta con la Legge Mancino – con le parole “diffonde in qualsiasi modo” anziché “propaganda”, nonché “incita” anziché “istiga” – ed inoltre ad inasprire nuovamente il trattamento sanzionatorio indistintamente per tutte le condotte di cui alla fattispecie (reclusione da tre mesi a quattro anni anziché fino ad un anno e sei mesi in alternativa alla pena pecuniaria). Invero né l'uno né l'altro progetto di legge hanno riscontrato il favore della commissione parlamentare incaricata dell'esame. Si è giunti, pertanto, ad una proposta di legge congiunta (AC 1658-1882-A) che ha prediletto la diversa opzione di introdurre un'aggravante comune *ad hoc* nell'art. 61 c.p. (n. 11-*quater*) con la seguente formulazione: “*l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato*”. Su tale proposta la Commissione ha espresso parere favorevole segnalando, tuttavia, l'opportunità di meglio definire il concetto di “orientamento sessuale”, di chiarire il significato dell'espressione “finalità” (inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato) ed infine di valutare l'opportunità e la legittimità costituzionale di limitare l'aggravante a determinate categorie di reati e non a tutti i reati. Il progetto di legge passato dalla Commissione alla Camera non viene,

tuttavia, esaminato per via dell'approvazione di una pregiudiziale di costituzionalità il 13 ottobre 2009⁵⁶⁴. Si è ritenuto incostituzionale il testo proposto in primo luogo per violazione dell'art. 3 Cost., perché ritenuto idoneo a realizzare una disparità di trattamento tra vittime di medesimi atti di violenza⁵⁶⁵; in secondo luogo perché contrastante con l'art. 25, comma 2, Cost., per la asserita indeterminatezza dell'espressione “orientamento sessuale”⁵⁶⁶⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Il testo di tale pregiudiziale di costituzionalità è reperibile all'indirizzo

http://leg16.camera.it/410?idSeduta=0231&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#

⁵⁶⁵ “la disposizione viola il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione con riferimento al canone della ragionevolezza in quanto: l'inserimento tra le circostanze aggravanti comuni previste dall'articolo 61 del codice penale della circostanza di aver commesso il fatto per finalità inerenti all'orientamento sessuale ricomprende qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera; non essendo possibile accertare nell'interiorità dell'animo l'autentico movente che spinge alla violenza, ne conseguirebbe che chi subisce violenza, presumibilmente per ragioni di orientamento sessuale, riceverebbe una protezione privilegiata rispetto a chi subisce violenza tout court. Si introdurrebbe quindi un trattamento diverso nella commissione di delitti non colposi senza alcuna ragionevole giustificazione”.

⁵⁶⁶ “La norma si pone in contrasto con l'articolo 25 della Costituzione in quanto, in assenza di una nozione di orientamento sessuale, la circostanza aggravante, nella parte in cui dà rilevanza all'orientamento sessuale, viola il principio di tassatività della fattispecie penale, a tal fine si evidenzia come dell'espressione «orientamento sessuale» non sia data una definizione, né sia rinvenibile nell'ordinamento penale. L'espressione è estremamente generica in quanto può indicare fenomeni specifici come

3.1.5.2. I progetti di Legge AC 2802 ed AC 2807.

La vicenda relativa all'introduzione di una tutela penale per le persone omosessuali e transessuali è proseguita con la presentazione di due ulteriori progetti di legge il giorno immediatamente successivo all'approvazione della pregiudiziale di costituzionalità che ha precluso l'esame della proposta AC 1658-1882-A. Il primo – AC 2802 (Soro ed altri) “*Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*” si pone in linea con il precedente, riproponendo l'introduzione di un n. 11-*quater* nel testo dell'art. 61 c.p. e, allo stesso tempo, tentando di emendare gli aspetti che erano stati valutati come critici in termini di legittimità costituzionale: “*l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi*”⁵⁶⁸. Non figurava più il concetto di “finalità inerenti all'orientamento sessuale e alla discriminazione sessuale” ma si parlava di omofobia e transfobia, accomunate da una

l'omosessualità oppure, più in generale, ogni «tendenza sessuale» comprendendo anche incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, masochismo e qualsiasi altro genere di scelta sessuale, che nulla ha a che vedere con l'omosessualità (...)”

⁵⁶⁷ Per una puntuale critica a ciascuna delle obiezioni proposte si veda DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in RIDPP, 2011, pp. 24-37.

⁵⁶⁸

Reperibile all'indirizzo
http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029530.pdf

definizione unica mirante a fugare i dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al principio di determinatezza. Il secondo – AC 2807 (Di Pietro ed altri), *“Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia”* – ritornava sull'originaria proposta di modifica dell'art. 3 della Legge Reale-Mancino nonché dell'art. 3 della Legge Mancino. Ove comparivano i motivi in presenza dei quali le fattispecie in questione sarebbe dovuta essere applicabile, la proposta di legge in questione aggiungeva i motivi “fondati sull'omofobia e sulla transfobia”; all'art. 3 L. 654/1975 si proponeva nuovamente il ritorno alla versione originaria del testo – antecedente, cioè, alla modifica intervenuta per effetto dell'art. 13, comma 1, D.L. 122/1993 – mediante la sostituzione della parola “propaganda” con l'espressione “diffonde in qualsiasi modo”, nonché della parola “istiga” con la parola “incita”. Si proponeva, infine, l'inasprimento sanzionatorio della fattispecie di propaganda (*rectius*, di diffusione in qualsiasi modo, lett. a), comma 1, L. 654/1975) portando a tre anni di reclusione il massimo edittale; all'art. 3, comma 1, D.L. 122/1993 si sostituiva la parola “finalità” con “motivi”. Le due proposte di legge si erano, tuttavia, arestate in Commissione Giustizia e, al fine di promuovere il dibattito assembleare, la relatrice Concia presentava il 9 novembre 2010 una proposta unificata (AC 2802-bis)⁵⁶⁹ con la quale

⁵⁶⁹ Si veda il verbale della seduta del 9 novembre 2010 della II Commissione permanente (Giustizia), p. 31 ss., disponibile all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2010/11/09/leg.16.bolo394.data20101109.com02.pdf>

veniva introdotta un'aggravante ad effetto comune per i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, contro l'onore, contro la personalità individuale, contro la libertà personale, contro la libertà morale e contro l'inviolabilità del domicilio quando *“sono commessi in ragione della omosessualità o transessualità della persona offesa”*⁵⁷⁰. La stessa aggravante veniva dichiarata non bilanciabile con altre circostanze attenuanti (esclusa l'attenuante della minore età dell'autore ex art. 98 c.p.) e si introduceva la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena solamente ove il condannato prestasse il consenso *“alla prestazione di attività non retribuita in favore di enti o associazioni che hanno lo scopo di tutelare le persone omosessuali o transessuali contro le discriminazioni, per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna”*. Tuttavia il 18 maggio 2011 la proposta unificata veniva respinta dalla Commissione e i due originari progetti di legge (AC 2802

⁵⁷⁰ La tecnica di inserimento della norma antiomofobia, nella proposta in questione è stata diversa da ciascuna delle precedenti. Essa è, infatti, intervenuta nella parte speciale del codice penale mediante l'introduzione dell'art. 599-bis e 615-sexies c.p., con ambito di applicazione riferito a specifici capi precedenti. Se formalmente tale tecnica legislativa innova rispetto alle precedenti proposte, sotto il profilo strettamente sostanziale ricalca le proposte miranti all'introduzione del n. 11-quater nel testo dell'art. 61 c.p. le quali, nonostante la collocazione dell'aggravante omofobica nel catalogo delle aggravanti comuni ne prevedevano un'espressa limitazione dell'ambito di applicazione a specifiche categorie di delitti. Ove si risolve in senso negativo la questione di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. in riferimento all'applicabilità della circostanza a specifici e limitati gruppi di fattispecie, la soluzione sistematica del progetto di legge AC 2802-bis presenta, invero, un grado di maggior coerenza.

ed AC 2807) disabbinati per aprire il progetto AC 2802 ad ulteriori emendamenti⁵⁷¹. Nello stesso giorno veniva presentato dal relatore in Commissione un emendamento (AC 2802-bis-A), riproduttivo in parte del progetto respinto. Si integrava il catalogo dei motivi fondanti l'aggravante, estendendola al sesso, all'età e alla condizione di disabilità della persona offesa per fugare i dubbi di conformità al principio di uguaglianza espressi dalla Commissione⁵⁷². L'emendamento in questione non è veniva più approvato a motivo della previa approvazione dell'emendamento volto a sopprimere l'art. 1 della proposta di legge su cui interveniva. Il testo del progetto di legge AC 2802 era, pertanto, rinviato alla discussione assembleare nella sua versione originale, ma il 26 luglio 2011 non veniva esaminato dall'Aula per la previa approvazione di tre questioni pregiudiziali di costituzionalità.

⁵⁷¹ Si veda il verbale di seduta della II Commissione permanente (Giustizia) del 18 maggio 2011, p. 21, reperibile all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2011/05/18/leg.16.bol0480.data20110518.com02.pdf>

⁵⁷² Secondo alcuni membri della Commissione la categoria degli omosessuali sarebbe stata "privilegiata" rispetto ad altre categorie sociali altresì vulnerabili se lo stesso trattamento sanzionatorio non fosse stato applicabile altresì agli autori di fatti di reato commessi ai danni di altri soggetti pur meritevoli di maggior tutela. In tal senso l'intervento della relatrice on. Concia, nel verbale della seduta del 19 maggio 2011 della II Commissione permanente (Giustizia), p. 17-18, consultabile all'indirizzo <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2011/05/19/leg.16.bol0481.data20110519.com02.pdf>

3.1.5.3. I progetti di legge AC 2807 e AC 4631.

A seguito della bocciatura *de facto* del progetto di legge AC 2802 nei termini e con le modalità sopra precisati, il progetto AC 2807 veniva disabbinato ed esaminato in Commissione unitamente al progetto di legge AC 4631 (Concia ed altri) – *Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, in materia di reati commessi per finalità di discriminazione o di odio fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere* – presentato il 21 settembre 2011. Tale proposta mirava a novellare sia la legge Reale-Mancino che la legge Mancino integrando l'elenco dei motivi ispiranti le condotte criminose di base con l'orientamento sessuale e l'identità di genere⁵⁷³. All'esame della Commissione Giustizia risultavano due testi che differivano essenzialmente per la natura del motivo ispirante la condotta incriminata (omofobia/orientamento sessuale; transfobia/identità di genere). Il 24 ottobre 2012 veniva adottato quale testo base il progetto AC 2807, che a distanza di due settimane cadeva definitivamente per l'approvazione di un ennesimo emendamento soppressivo del suo primo articolo⁵⁷⁴, con conseguente preclusione del passaggio in Assemblea di qualsivoglia testo.

3.1.5.4. I progetti di legge AC 245, AC 280 e AC 1071.

Le elezioni politiche del 2013 hanno condotto all'insediamento della XVII legislatura il 14 marzo 2013, cui faceva immediatamente seguito la proposta di progetti

⁵⁷³ Ove compaiono, nelle novellande leggi, “*le parole: «o religiosi» sono sostituite dalle seguenti: «, religiosi o fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere»*”.

⁵⁷⁴ Si tratta dell'emendamento n. 1.1 (Molteni).

di legge in tema di contrasto all'omofobia. In particolare il 15 marzo 2013, giorno successivo all'insediamento delle nuove Camere, venivano presentati i progetti di legge AC 245 (Scalfarotto ed altri) ed AC 280 (Fiano ed altri). In particolare il progetto AC 245 – *Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia* – presentava un articolato più complesso dei progetti fino ad allora presentati⁵⁷⁵. Anzitutto venivano fornite definizioni legali di termini utilizzati nella definizione della fattispecie, in particolare quello di “identità sessuale”⁵⁷⁶; veniva modificata la pena prevista dalla lett. a) dell'art. 3, L. 654/75 escludendo la possibilità da parte del giudice di irrogare la pena pecuniaria – multa fino a 6.000 euro – introdotta con la L. 85/2006. Si proponeva, inoltre, l'eliminazione delle modifiche

⁵⁷⁵ Il testo del progetto di legge AC 245 è consultabile all'indirizzo http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0003090&back_t o=

⁵⁷⁶ Recita l'art. 1 del progetto di legge AC 245: “*Ai fini della legge penale, si intende per:*

- a) «*identità sessuale*»: *l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale;*
- b) «*identità di genere*»: *la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico;*
- c) «*ruolo di genere*»: *qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna;*
- d) «*orientamento sessuale*»: *l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi.*”

terminologiche dovute alla prefata L. 85/2006, riformulando la condotta di “propaganda” con la precedente e più ampia accezione di “diffusione in qualsiasi modo” e la condotta di “istigazione” con quella di “incitamento”. I fattori di discriminazione già previsti dalla Legge Reale-Mancino venivano integrati con la previsione dell’ “identità sessuale della vittima”. Alla previsione della circostanza aggravante di cui all’art. 3, comma 1, della Legge Mancino, oltre ad essere aggiunta l’ipotesi relativa all’identità sessuale della vittima, veniva sostituito il termine “finalità” con il termine “motivi”. Il comma 1-bis dell’art. 3 della Legge Reale veniva, ancora, sostituito con la previsione non più facoltativa ma obbligatoria della pena accessoria della prestazione di attività non retribuita, con esclusione delle altre sanzioni facoltativamente previste (sospensione di documenti, obbligo di rientro nella propria abitazione entro un determinato orario e divieto di partecipazione ad attività di propaganda politica) e si prevedeva che tra gli enti ed associazioni potenziali beneficiari delle attività da svolgersi ad espiazione della pena accessoria figurassero le “associazioni di tutela delle persone omosessuali, transessuali o transgender”. Infine si sostituiva il comma 2 all’art. 3 della Legge Mancino e, con formulazione diversa da quella vigente, da un lato si ribadiva la non bilanciabilità della circostanza di cui al comma 1 con altre circostanze attenuanti, dall’altra non compariva più l’esclusione dal divieto di bilanciamento della circostanza relativa alla minore età dell’autore, prevista ex art. 98 c.p.

Il progetto AC 280 – *Modifiche alla [legge 13 ottobre 1975, n. 654](#), in materia di discriminazione razziale, e nuove norme in materia di discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone* – interveniva, invece, sulla sola

Legge Reale-Mancino⁵⁷⁷. Si ripristinava, in primo luogo, la descrizione delle condotte secondo il testo vigente prima delle modifiche effettuate ex L. 85/2006 e quanto alla pena, se da un lato si ripristinava il massimo edittale di 3 anni di reclusione per la lett. a) del comma 1, L. 654/75, dall'altro si sostituiva la pena pecuniaria alternativa con la "pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi". Il secondo comma del progetto di legge estendeva, poi, le disposizioni dell'art. 3, della Legge Reale-Mancino "alle discriminazioni motivate dall'identità di genere e dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone".

A poco più di una settimana dall'inizio della discussione dei progetti sopra illustrati, il 28 maggio 2013 veniva presentato il terzo dei progetti di legge (AC 1071, Brunetta ed altri) in materia di omofobia, non recante in rubrica tale espressa individuazione semantica, bensì "*modifica all'art. 61 del codice penale, in materia di circostanza aggravante comune per i reati commessi per motivi di discriminazione*"⁵⁷⁸. Tale progetto mirava ad introdurre il comma 11-quinquies all'art. 61 c.p., individuando quale aggravante ad effetto comune "*l'aver commesso il fatto per i motivi di discriminazione di cui all'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*". I motivi

⁵⁷⁷ Il testo del progetto di legge AC 280 è consultabile all'indirizzo http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0005960&back_t o=

⁵⁷⁸ Il testo del progetto di legge AC 1071 è consultabile all'indirizzo http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0005300&back_t o=http://www.camera.it/leg17/126?tab=2-e-leg=17-e-idDocumento=1071-e-sede=-e-tipo=

cui si riferisce la norma richiamata sono il sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale⁵⁷⁹.

La discussione sulle tre proposte ora esaminate ha portato alla presentazione di un testo base unificato, AC 245-AC 280-AC1071-A, *“Norme in materia di discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere”*⁵⁸⁰. Il testo in questione presentava effettivamente elementi di ciascuno delle proposte di partenza, privilegiando l'opzione di intervento sulla Legge Reale-Mancino. In particolare compariva – come nel progetto AC 245 – un primo articolo definitorio ove non si considerava più la nozione di “identità sessuale con le sue quattro componenti”, ma le sole nozioni di “orientamento sessuale” e di “identità di genere”. Si eliminava la possibilità di irrogare alternativamente anche la pena pecuniaria e si estendeva l'applicabilità dell'art. 3, L. 654/75 *“anche in materia di discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima”*. Tale estensione non si intendeva riferita, altresì, all'aggravante di cui all'art. 3, Legge Mancino. Si rendeva obbligatoria la pena accessoria del lavoro di pubblica utilità per una durata compresa tra sei mesi ed un anno e tra gli enti a favore dei quali poteva essere prestata

⁵⁷⁹ Si evidenzia, comunque, che la scelta in questione avrebbe comportato la perseguibilità delle condotte omofobe ma non anche transfobiche, non contemplando l'art. 10 CEDU, oltre al sesso e l'orientamento sessuale, altresì l'identità di genere.

⁵⁸⁰ Per il testo unificato in questione di veda l'allegato 1 al verbale della seduta del 9 luglio 2013 della II Commissione permanente (Giustizia), p. 73, consultabile all'indirizzo <http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2013&mese=07&giorno=09&view=&commissione=02#data.20130709.com02.allegati.all00030>

l'attività lavorativa venivano annoverate le associazioni a tutela delle persone omosessuali. Le pene accessorie di cui alle lett. b), c) e d) di cui all'art. 1, comma 1-bis, Legge Mancino, venivano espressamente mantenute⁵⁸¹. Il testo unificato veniva ulteriormente fatto oggetto di proposte emendative tra le quale la Commissione approvava quella degli stessi relatori, contraddistinta come "emendamento 1.500". Tale emendamento stravolge il progetto base e si limita ad incidere sulla sola estensione della fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, Legge Mancino ai fatti fondati "sull'omofobia o transfobia". Il testo del progetto unificato così emendato veniva presentato con parere favorevole della Commissione alla discussione in Assemblea il 5 agosto 2013. Nell'ambito del dibattito assembleare sono stati numerosi gli emendamenti proposti ed esaminati: quelli approvati hanno condotto alla formulazione approvata definitivamente dalla Camera il 19 settembre 2013 e trasmessa al Senato, con denominazione AS 1052⁵⁸². La novità rispetto al testo licenziato in Commissione è anzitutto l'estensione anche dell'aggravante di cui all'art. 3 della Legge Mancino ai reati commessi per motivi "fondati sull'omofobia o sulla transfobia". La seconda è rappresentata dall'introduzione del comma 3-bis nel corpo della Legge Reale-Mancino, che si prefiggerebbe lo scopo di impedire che la norma penale così approvata vada ad interferire con la libertà di manifestazione del pensiero e di associazione. A stregua di

⁵⁸¹ Invero, da come è formulato il testo di modifica del comma 1-bis in questione, risulta di difficile comprensione a quale regime le residue pene accessorie sarebbero dovute essere soggette.

⁵⁸² Il testo in questione è consultabile sul sito <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/716085/index.html>

tale previsione⁵⁸³ “[...] *non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni*”.

3.1.5.5. Considerazioni generali.

L'oltremodo complesso *iter* appena descritto mette in luce come il dibattito sull'intervento legislativo in questione abbia presentato toni particolarmente aspri, vedendo la contrapposizione di chi molto puntava su accentuate istanze repressive – ad esempio ripristinando le previgenti formulazioni della Legge Reale-Mancino, o elevando la cornice edittale per i fatti di istigazione, prevedendo l'esclusività della pena detentiva e l'obbligatorietà della pena accessoria – e chi dall'altro lato faceva un ostruzionismo di carattere eminentemente ideologico all'approvazione della legge, in nome di una concezione negativa di identità sessuali non convenzionali ovvero in nome di mero calcolo politico⁵⁸⁴. Peraltro, ad oggi ancora

⁵⁸⁴ DOLCINI E., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 11/2011, p. 1395, il quale esprime sentita diffidenza in ordine alla natura genuinamente giuridica delle argomentazioni avanzate in parlamento dagli oppositori dell'intervento penale anti-omofobia (“*Soltanto un'anima candida può credere che la battaglia sulla legge contro l'omofobia si combatta davvero sul piano del diritto*”).

il progetto di legge approvato, benché trasmesso tempestivamente al Senato, non risulta neanche calendarizzato ed il risultato normativo *in fieri* – oltre ad innestarsi su di una vigente normativa già di per se stessa problematica sotto i vari profili precedentemente illustrati – pare presentare non pochi aspetti suscettibili di critica. In linea generale, come si è potuto constatare, nelle proposte di legge sull'omofobia da un lato si è sempre prediletta la formulazione di una circostanza anziché di una fattispecie autonoma⁵⁸⁵; dall'altro si è optato per due soluzioni alternative, l'introduzione di un'aggravante comune ad effetto comune (per tutti i reati o per alcuni reati selezionati) ovvero l'integrazione della Legge Reale-Mancino. Da un punto di vista sistematico e coerentemente con un sistema che già è dotato di una legge che specificamente assoggetta a pena fatti di reato ricollegabili al pregiudizio o espressione dello stesso, il pregiudizio omofobico non può che confluire nella medesima legge. A favore di tale scelta milita non solo il riconoscimento formale di equiparazione tra discriminazioni razziali e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale affermato sia dalla Corte EDU⁵⁸⁶ sia dalla normativa internazionale antidiscriminatoria⁵⁸⁷, ma altresì le ragioni sostanziali che portano ad accordare una specifica tutela a specifici gruppi/minoranze. Invero, come sopra accennato⁵⁸⁸, i requisiti che consentono di considerare opportuno in linea di principio l'espressa tutela differenziata di determinate categorie possono essere

⁵⁸⁵ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in RIDPP, 2011, p. 29.

⁵⁸⁶ Corte EDU, sez. V, sent. 9 febbraio 2012 – Vejdeland ed altri c. Svezia (ric. n. 1013/2007), cit., pp. 405 e ss.

⁵⁸⁷ Ad esempio l'art. 10 CEDU.

⁵⁸⁸ Cfr. capitolo 1, § 4.3.

individuati nella vulnerabilità in astratto di tali gruppi, i cui indici possono essere ravvisati nella preesistenza di ideologie stigmatizzanti e nella pregressa storia di stigmatizzazione e persecuzione oltre che di un'attuale situazione di esposizione a comportamenti discriminatori e violenti. Nel caso delle persone LGBT si è tentato di dimostrare la sussistenza di tali elementi⁵⁸⁹ anche se, come evidenziato, lo spostamento di tale indagine sull'asse della ricerca storica del presupposto fondante la maggior tutela di tale gruppo porta tutt'oggi a discordi opinioni⁵⁹⁰. Peraltro la stessa legislazione italiana sembra tacere con una certa cognizione di causa in ordine alle persecuzioni subite nel recente passato degli omosessuali. La legge italiana che recepisce la Convenzione di Roma del 1948 sulla prevenzione e repressione del genocidio, con un eccesso di zelo ha tipizzato una fattispecie non necessaria ai fini dell'adempimento del proprio obbligo pattizio. Ci si riferisce all'art. 6, L. 9 ottobre 1967, n. 962, rubricato "Imposizione di marchi o segni distintivi", il quale recita: *"Chiunque costringe persone appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, a portare marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza al gruppo stesso e' punito, per cio' solo, con la reclusione da quattro a dieci anni"*. Il riferimento è innegabilmente legato alla prassi nazionalsocialista di imporre ai membri di determinati gruppi l'obbligo di portare in vista segni identificativi che li rendessero riconoscibili ed individuabili per riserbar loro trattamenti differenziati – *rectius*, discriminatori – nella

⁵⁸⁹ Cfr. capitolo 1, § 4.3.1.

⁵⁹⁰ NASO D., *Omocausto: lo sterminio dimenticato dei gay*, in *Il fatto quotidiano*, 27 gennaio 2012, consultabile all'indirizzo <http://www.ilfattoquotidiano.it/2012/01/27/omocausto-sterminio-dimenticato/187019/>

società civile e – cosa alquanto più terribile – nei campi di concentramento. Tale trattamento non fu, tuttavia, riservato alle persone individuate sulla sola base di razza, etnia, nazionalità o religione, ma altresì, esemplificativamente, ad oppositori politici, Sinti e, non ultimi, omosessuali⁵⁹¹. La fattispecie citata, in sostanza, non rappresentando una scelta vincolata del legislatore, non solo nell'*an* ma altresì nel *quomodo* della sua formulazione, avrebbe potuto esser stata formulata in modo molto più generico, facendo riferimento alla sola appartenenza ad un gruppo senza ulteriori specificazioni e senza per questo incappare in censure di indeterminatezza essendo la condotta lesiva per il sol fatto di essere diretta alla persona umana, a prescindere dal gruppo di appartenenza. Oltre alle già espresse considerazioni a favore dell'opportunità di una esplicita menzione delle persone LGBT tra i gruppi tutelati penalmente, si affianca la constatazione di una vulnerabilità del gruppo altresì in concreto di cui sono elementi indizianti le cronache di reati di cui sono vittime le persone LGBT in ragione della loro identità sessuale⁵⁹², i suicidi di ragazzi adolescenti dovuti alla non sopportazione dello stigma di cui spesso sono vittime nel contesto familiare e scolastico⁵⁹³ ed infine

⁵⁹¹ Si veda, per tutti, MÜLLER J.-STERNWEILER A., *Homosexuelle Männer im KZ Sachsenhausen*, Berlin, 2000.

⁵⁹² DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 24; Tuttavia occorre ribadire, precedentemente segnalato (*supra*, capitolo 1, § 4.3.1.), che le cronache non rappresentano altro che un mero indizio rispetto alla persistenza di un affermato clima di reazioni violente nei confronti di omosessuali e sospettati di esserlo.

⁵⁹³ BRIGNONE C., *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 novembre 2013, p. 8.

l'ancora assai diffuso timore per molti omosessuali di vivere allo scoperto e liberamente la propria sessualità senza il timore di essere ostracizzati⁵⁹⁴.

Appurata l'opportunità sostanziale di un intervento del tipo prospettato in Parlamento, occorre soffermarsi sull'aspetto dell'opportunità temporale dell'approvazione della legge in esame. Se è vero che il precetto penale rappresenta una pretesa dello Stato all'adeguamento del comportamento dell'individuo, come è stato osservato, sarebbe una grave contraddizione l'introduzione di una norma che imponga il rispetto del principio di non discriminazione (*sub specie* di pari dignità) delle persone LGBT ed esso stesso le discriminasse⁵⁹⁵. In un contesto del genere, ove lo Stato cedesse a pressioni di gruppi esponenziali circa l'introduzione di una legge penale contro l'omofobia, la norma avrebbe una mera funzione simbolico-pacificatrice⁵⁹⁶, ma non rappresenterebbe il mezzo idoneo per rimuovere l'ostacolo al riconoscimento ed al rispetto della pari dignità ancora rappresentato dall'omofobia e transfobia. Affinché la legge penale possa espletare la funzione – non di secondo piano – generalpreventiva

⁵⁹⁴ Si veda a riguardo il report dell'indagine condotta dall'ISTAT nel 2011 (ISTAT, La popolazione omosessuale nella società italiana, 17 maggio 2012, consultabile all'indirizzo http://www.istat.it/it/files/2012/05/report-omofobia_6giugno.pdf?title=Popolazione+omosessuale+nella+societ%C3%A0+-+17%2Fmag%2F2012+-+Testo+integrale.pdf)

⁵⁹⁵ BRIGNONE C., *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, cit., p. 8.

⁵⁹⁶ ROXIN K., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, cit., pp.728-729, dove a proposito di leggi ineffettive ed idonee solo a trasmettere un messaggio senza ulteriori concrete ed apprezzabili conseguenze sul comportamento dei consociati, si parla di “pacificazione dell'elettore” (Beschwichtigung des Wählers).

positiva, il diritto penale “*non deve sedimentare i valori con la minaccia della spada, ma deve sedimentare i valori che si sono già sedimentati con il consenso ed il dialogo*”⁵⁹⁷. Argomentando diversamente è in agguato il rischio di ottenere l’effetto opposto, cioè i nuovi “martiri” della libertà di manifestazione del pensiero⁵⁹⁸ e paradossalmente un’aggregazione di consensi intorno al pensiero omofobico⁵⁹⁹. Invero tali considerazioni potrebbero ritenersi non più ostative rispetto all’approvazione di una legge contro l’omofobia nell’attuale momento. La recente approvazione della legge sulla buona scuola e la recentissima approvazione della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso ha rappresentato un passo significativo in termini di *input* per

⁵⁹⁷ Così testualmente FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, BERNARDI A.-PASTORE B.-PUGIOTTO A. (a cura di), Milano, 2008, p. 194, citato in PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d’odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2013, p. 12.

⁵⁹⁸ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d’odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 18.

⁵⁹⁹ Sul rischio dell’effetto di “vittimizzazione dell’autore” ricollegato, tra l’altro, alla tendenziale difficoltà e sporadicità applicativa dei reati di manifestazione del pensiero si veda ancora MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 101. Occorre tuttavia evidenziare che sul punto si contesta l’impossibilità di poter considerare meramente simbolica una legge penale prima ancora della sua applicazione, poco attendibile qualsivoglia aprioristica valutazione in termini di effettività applicativa della fattispecie, cosa che paralizzerebbe il legislatore penale ove dovesse preoccuparsi di effettuare una valutazione di “non mero simbolismo” di ogni progetto di legge. Si veda DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, cit., p. 28 ss.

un cambiamento culturale del tessuto sociale ed una legge penale contro l'omofobia non potrebbe più dirsi l'unico strumento di lotta ad un fattore culturale ma strumento che si affianca a misure che favoriscono il dialogo su tematiche importanti nella promozione del rispetto della persona umana con la sua dignità (in particolare "pari dignità), fondamento dell'ordinamento costituzionale.

3.1.5.6. Considerazioni sul testo in fase di approvazione.

Ove dovesse essere definitivamente approvato il disegno di legge in stallo alla Camera, il testo della Legge Reale-Mancino e della Legge Mancino risulterebbe così emendato:

Art. 3, L. 654/1975

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, 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 o fondati sull'omofobia o sulla trasfobia;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o fondati sull'omofobia o sulla trasfobia;

2 (abrogato)

3. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per

motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o fondati sull'omofobia o sulla transfobia. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Art. 3, D.L. 122/1993

1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale, o religioso o fondati sull'omofobia o transfobia, 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

Nel merito della proposta formulata pare opportuno evidenziare i principali aspetti che possono presentare criticità.

3.1.5.6.1. L'omofobia e transfobia quali elementi della fattispecie.

In primo luogo l'espressione omofobia e transfobia – non già per motivi di imprecisione terminologica⁶⁰⁰, ma per il significato che tali elementi assumono nel contesto in cui sono collocati – fanno sorgere perplessità. “Motivi razziali,

⁶⁰⁰ Per una critica alle obiezioni mosse in sede di dibattito parlamentare alla conformità al principio di determinatezza dei termini “omofobia” e “transfobia” si veda DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in RIDPP, 2011, p. 32.

etnici, nazionali, religiosi o fondati sull'omofobia o transfobia" appare già *prima facie* come un elenco di elementi non omogenei. Mentre i primi quattro elementi rappresentano attributi riferiti ai motivi, l'omofobia e la transfobia sono sostantivi rispetto ai quali è necessario l'accertamento di una connessione con i motivi ("fondati su") che ispirano la condotta. Sul piano semantico, infatti, i termini "omofobia" e "transfobia", nell'accezione offerta dalla risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 2006, denotano "*una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali, transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio ed analoga al razzismo e al sessismo*", richiamando molto il concetto di "atteggiamento"⁶⁰¹. Le altre categorie non si presentano, invece, come elenco di "atteggiamenti" – razzismo, nazionalismo/xenofobia, laicismo – per cui il disvalore del pur riprovevole atteggiamento viene ricondotto al maggiore disvalore della condotta. Diversa valenza ha, invece, il riferimento all'atteggiamento omofobo e transfobico *tout court*, che concentra sull'autore e sulla sua personalità il rimprovero penale. Da un punto di vista di tecnica legislativa sarebbe pertanto preferibile adeguare la formulazione della novella alla struttura del vigente testo della Legge Reale-Mancino, senza attendere forzature interpretative giurisprudenziali che pongano rimedio a possibili incompatibilità col principio di personalità di colpevolezza. La proposta terminologica "orientamento sessuale" o "omosessualità e transessualità" già paiono risultare più compatibili con il diritto penale del fatto in quanto sganciati dal mero atteggiamento dell'autore e riferiti ad un aspetto identitario della vittima. In via di principio, tuttavia, non pare

⁶⁰¹ Cfr. capitolo 1, § 2.2.2.

inappropriata la critica di chi ritiene “omosessualità” espressione comunque troppo ampia, ricomprendente categorie non vulnerabili quali gli eterosessuali⁶⁰². D’altro canto, non può non considerarsi implausibile l’ipotesi in questione, e tuttavia gestibile in via interpretativa con la valutazione di idoneità della condotta a determinare una offesa per la pari dignità dell’eterosessuale. La proposta che pare più confacente, invero, potrebbe essere quella individuata in AC 245 (Scalfarotto), ove al posto dell’omofobia e transfobia compare l’espressione “identità sessuale”, definita dettagliatamente in un apposito articolo sulla base della nozione tecnica offerta dalla psicologia e dalla psichiatria e comprensiva non solo dell’”orientamento sessuale” e dell’”identità di genere” ma altresì del “ruolo di genere”. L’introduzione di tale ultimo elemento nella nozione legale di identità sessuale consente di assoggettare a pena quelle condotte che sono lesive della pari dignità della persona in ragione anche della manifestazione esterna della propria identità di genere, specie quando la stessa non risulta conforme allo stereotipo sociale e, a prescindere dall’effettivo orientamento sessuale della vittima, sia occasione di comportamenti lesivi della pari dignità della persona. Per cui sarebbe auspicabile la sostituzione nel testo in via di approvazione dell’espressione “omofobia e transfobia” con l’espressione “identità sessuale” previamente definita.

3.1.5.6.2. La terminologia: finalità o motivi.

Discussa è altresì la terminologia con la quale si realizza il nesso tra la condotta ed il pregiudizio omofobico, che rappresenta un punto nodale nella traduzione del concetto criminologico di hate speech/hate crime in normativa

⁶⁰²

penale sostanziale. L'aspetto problematico riguarda in particolare la formulazione dell'aggravante di cui all'art. 3, comma 1, della Legge Mancino. Infatti nel testo il movente omofobico viene considerato distintamente dagli altri motivi di pregiudizio: si parla, infatti, di "reati (...) commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso" ovvero di reati "fondati sull'omofobia o transfobia". Occorre ribadire le perplessità che già nel vigente testo sono state avanzate per la scelta dell'espressione "finalità di discriminazione o di odio", che ha condotto parte minoritaria della giurisprudenza a ritenere necessario anche il dolo specifico per la configurazione dell'aggravante con il rischio di rendere quasi inapplicabile la fattispecie⁶⁰³. A riguardo pare potersi condividere l'assunto di chi in dottrina ritiene più coerente con la natura del fenomeno ed anche più coerente con il sistema l'indicazione dei "motivi" anziché delle "finalità"⁶⁰⁴. E pare, altresì, doversi condividere la preferenza per i "motivi" anziché per l'espressione "in ragione di" che comporterebbe lo spostamento dell'accertamento sull'identità sessuale della vittima. Invero, nell'ipotesi di reato commesso in erronea convinzione che la vittima sia omosessuale o transessuale, in applicazione dell'art. 59, comma 3, c.p., ove l'aggravante fosse applicabile solo se il fatto di reato fosse commesso "in ragione" dell'orientamento sessuale della vittima, l'autore andrebbe esente da pena. Ciò apparirebbe altresì coerente dal punto di vista del principio di offensività, in quanto non essendo la vittima omosessuale o transessuale è leso il solo bene giuridico protetto dalla

⁶⁰³ Cfr. § 3.1.4.2.5.

⁶⁰⁴ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 32.

fattispecie incriminatrice del reato, non anche la pari dignità della vittima. Tuttavia la necessità di dover appurare l'orientamento sessuale e l'identità di genere della vittima imporrebbe a quest'ultima di dover subordinare la scelta di denunciare a quella di palesare la propria identità sessuale e, dall'altro lato, potrebbero configurarsi rischi di abusi – anche se improbabili – da parte di vittime non omosessuali che si dichiarano tali solo al fine di ottenere la contestazione dell'aggravante per il loro aggressore. Queste problematiche, invero, potrebbero essere superate ove i termini “omofobia” e “transfobia” venissero sostituiti – come sopra auspicato – dal termine “identità sessuale”, comprensivo altresì del “ruolo di genere”. Infatti, fuori dai casi di espliciti comportamenti omosessuali (effusioni in pubblico tra persone dello stesso sesso) altre volte è proprio il ruolo di genere (ad es., uomini con aspetto e movenze femminili, donne con aspetto e movenze maschiline) ad essere il fattore scatenante di fatti di reato motivati dall'omofobia. Il problema del diverso trattamento tra reati a sfondo omo/transfobico e reati a sfondo latamente razziale – cui l'aggravante condurrebbe ove fosse modificata nei termini di cui al parzialmente approvato disegno di legge – può comprendersi alla luce della illustrata disomogenea formulazione delle varie ipotesi. Rispetto alle preesistenti quattro categorie l'aggravante si applica se il fatto è commesso “per finalità di discriminazione o di odio”, mentre nell'altro caso il fatto è punito solo se “fondato sull'omofobia o transfobia”. In tal modo risultano obliterati “discriminazione ed odio” quali ulteriori elementi obiettivi del fatto ed elementi in cui si traduce sul piano materiale e fattuale, il pregiudizio. Per come è formulata, l'aggravante dell'omofobia sussiste a prescindere da ulteriori valutazioni sul rapporto tra condotta e movente omofobico.

Ove dovesse essere approvata la norma, la giurisprudenza sarebbe immancabilmente chiamata ad offrire una interpretazione adeguatrice ed integratrice del precetto per evitarne l'applicazione sulla base del mero atteggiamento interiore e ricondurre il precetto ad omogeneità applicativa. Tuttavia in fase di discussione del progetto di legge non può non considerarsi la necessità di prevenire che, per necessità, sia la magistratura a dover meglio formulare in via interpretativa il precetto. Conclusivamente non pare irragionevole che la formulazione finale dell'aggravante si presenti come segue:

1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per motivi di discriminazione o di odio in ragione dell'etnia, della razza, della nazionalità, della religione o dell'identità sessuale, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi le cui attività siano ispirate dai medesimi motivi, la pena è aumentata fino alla metà”.

3.1.5.6.3. La causa di non punibilità di cui al comma 3-bis.

Altra questione problematica è rappresentata dalla causa di non punibilità che il progetto di legge parzialmente approvato introdurrebbe nella Legge Reale-Mancino. Già dalla formulazione risulta arduo arguire, dal punto di vista dommatico, come essa possa inquadrarsi, segnatamente se si tratti di una causa di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza. La prima parte del probabile comma 3-bis del novellando art. 3, L. 654/1975 prevede che “*non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di*

convincimenti od opinioni personali riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio ed alla violenza (...)". In primo luogo pare potersi evincere che l'ambito di applicazione della causa di non punibilità sia limitata alle ipotesi di fatti qualificabili come discriminazione o istigazione alla discriminazione, con conseguente esclusione delle restanti condotte, cioè istigazione alla violenza, atti di violenza, atti di provocazione alla violenza. Le condotte non punibili sarebbero le libere manifestazioni di pensiero quando, pur se discriminatorie, siano riconducibili al pluralismo delle idee. Invero pare a prima vista improbabile che da un lato una manifestazione del pensiero *latu sensu*⁶⁰⁵ discriminatoria possa considerarsi ad un tempo ascrivibile al pluralismo delle idee ed alla libertà di manifestazione del pensiero in quanto, l'istigazione alla discriminazione e la discriminazione sono destinate a soccombere nel bilanciamento con il bene "pari dignità" che andrebbero a ledere. Ciò può significare o che la causa di punibilità sia radicalmente inutile in quanto la manifestazione del pensiero coperta dall'art. 21 Cost. per sua natura non è discriminatoria, ovvero inutile e sterilizzata⁶⁰⁶ risulti la norma incriminatrice sull'istigazione alla discriminazione e sulla discriminazione: invero nel conflitto tra le due interpretazioni la novella non potrebbe essere considerata inutile e si rischierebbe, tramite il doveroso prevalere di una interpretazione *in bonam partem*, di rendere sempre

⁶⁰⁵ Dato il tenore letterale della disposizione, mi siferisco a espressioni del pensiero che costituiscono "istigazione alla discriminazione o discriminazione".

⁶⁰⁶ Di volontà di sterilizzare il più possibile la novella sull'omofobia, BRIGNONE C., *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, cit., p. 9.

inoperante la norma incriminatrice in casi di manifestazione del pensiero discriminatoria o istigante alla discriminazione. Inoltre l'esclusione della punibilità per quei comportamenti espressivi che non istighino – tra l'altro – “all'odio”, consente di riferire questa esclusione non solo alle fattispecie della Legge Reale-Mancino, ma altresì all'aggravante di cui all'art. 3, D.L. 122/1993 a prescindere dalla collocazione del comma 3-bis in esame nel corpo dell'art. 3, L. 654/1975: l'aggravante ad effetto speciale della Legge Mancino, infatti, è la disposizione nella quale figura la “finalità di istigazione all'odio”. Pertanto, ove una espressione “libera” in quanto legittima ex art. 21 Cost. integrasse una fattispecie di reato commesso con “finalità discriminatoria” dovrebbe essere punita solo la condotta base mentre non dovrebbe applicarsi l'aggravante. A dire il vero pare paradossale che una condotta espressiva del pensiero possa ad un tempo essere lecita ex art. 21 Cost. e costituire contemporaneamente reato⁶⁰⁷. Ulteriore precisazione del comma 3-bis esclude altresì dall'applicazione delle fattispecie che incriminano l'istigazione alla discriminazione e la discriminazione “*le condotte conformi al diritto vigente*”. Questa precisazione è obiettivamente inutile in quanto richiama il generale assunto a fondamento della valutazione di antigiuridicità del reato e non

⁶⁰⁷ Probabilmente la fattispecie di riferimento – per assurdo – potrebbe essere l'ipotesi tutt'altro che remota di istigazione a rifiutare di celebrare le unioni civili che da un lato costituisce istigazione al rifiuto di atto d'ufficio (art. 328 c.p.) cui è seguito l'accoglimento dell'istigazione con conseguente rifiuto di celebrare l'unione civile da parte del pubblico ufficiale incaricato, dall'altro dovrebbe non essere aggravato ai sensi della novellata Legge Mancino perché si tratterebbe di una istigazione lecita perché rientrante nel pluralismo delle idee.

contribuisce ad influire minimamente sul bilanciamento degli interessi che ha luogo con il giudizio di antigiuridicità: la valutazione di “conformità al diritto vigente” resta, così, nelle mani del giudice né la precisazione offre – né potrebbe offrire – un criterio di bilanciamento *ad hoc* per le ipotesi di discriminazione o istigazione alla discriminazione. Una tale formulazione, in definitiva, non è idonea ad innovare il diritto vigente.

Il *punctum dolens* della norma, invero, è rappresentato dalla seconda parte: “...*ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni*”. La proposizione linguistica in questione è introdotta non già dalla semplice congiunzione disgiuntiva “ovvero” (*rectius*, oppure) ma da una coppia di connettivi di testo, “ovvero” (*id est*: oppure) e “anche se” (*id est*: sebbene, benché, quand’anche), circostanza che ingenera l’attesa di una coppia di susseguenti proposizioni, di cui una principale, introdotta da “ovvero” ed un’altra dipendente di natura concessiva introdotta da “anche se”. La presenza di un unico verbo – “assunte” – delude, tuttavia, le attese dell’interprete che si è inoltrato nella lettura. La congiunzione “ovvero” farebbe pertanto ritenere sottinteso “*non* conformi al diritto vigente”: la successiva proposizione risulterebbe, quindi interpretabile come “nonostante tali condotte [non conformi al diritto vigente, ndr.] siano assunte” nell’ambito delle associazioni ed istituzione elencate, il che equivarrebbe a dire che le associazioni ivi elencate, quand’anche tenute al rispetto del diritto ed a maggior ragione per i principi e valori costituzionali che le connotano, possono non rispettare lo stesso diritto, cioè, tra l’altro, quegli stessi principi e valori

costituzionali che le connoterebbero. Questi ultimi, infatti, sono sicuramente parte del “diritto” cui fa riferimento la disposizione, in considerazione della estrema genericità del termine che parrebbe coincidere con l’intero ordinamento giuridico. Orbene la norma sembra maldestramente voler ricalcare le clausole di esclusione del comportamento discriminatorio previste per la materia lavoristica all’art. 3, commi 3, D.Lgs. 216/2003 che fa salve le *“differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”*. Tuttavia, a differenza della norma giuslavoristica che limita accuratamente l’ambito di operatività del divieto di discriminazione, la novella di cui al comma 3-bis sembrerebbe riconoscere una generalizzata immunità dalla sanzione penale alle ccdd. “associazioni di tendenza”, non solo per quei casi – evidenziati dal D.Lgs. 216/2003 – di espressa esclusione, motivati da concrete esigenze, ma anche per ipotesi che vanno ben oltre qualsivoglia giustificazione⁶⁰⁸. Non pare potersi contestare che ove il trattamento differenziato sia giustificato da ragioni sostanziali espressamente previste (come nel caso del D.Lgs. 216/2003) o desunte da un bilanciamento di interessi in concreto le condotte non possano che essere giustificate in una prospettiva di diritto penale.

⁶⁰⁸ Il pensiero potrebbe correre, ad esempio, all’ipotesi di espulsione da una scuola cattolica di uno studente il cui genitore naturale, in un momento successivo all’iscrizione, si sia unito civilmente con una persona dello stesso sesso.

Irragionevole, invece, e contrario al principio di uguaglianza – e quindi di pari dignità/non discriminazione – sarebbe una norma che autorizzasse indistintamente a discriminare, anche a prescindere da ragioni oggettivamente apprezzabili, determinate categorie di persone o enti. Il comma 3-bis, in conclusione, parrebbe non poter superare un vaglio di legittimità costituzionale ove il Giudice delle leggi fosse invocato a scrutinare la conformità di detta disposizione con il principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

4. Riepilogo.

L'esame fin qui condotto ha messo in evidenza il lungo percorso di riconoscimento a livello sociale e normativo delle istanze di protezione delle persone LGBT in Italia, in un contesto in cui l'influenza della Chiesa Cattolica e del suo insegnamento morale più che in ogni altro Stato a maggioranza cattolica ha contribuito a mantenere radicata una visione negativa dell'omosessualità ed ha attivamente contribuito a rallentare il percorso di riconoscimento dei diritti civili per la persone LGBT. Dal punto di vista penalistico si è osservato che la legislazione italiana non conferisce tutela alle persone LGBT in quanto gruppo vulnerabile se non indirettamente. L'hate speech omofobico può essere penalmente rilevante sotto il profilo ideologico particolarmente ove venga convogliato in più onnicomprensive esternazioni di carattere fascista ovvero qualora qualche isolata interpretazione giurisprudenziale valuti come "abietto" ex art. 61, n. 1, c.p. il pregiudizio omofobico che si sia esternato sottoforma di azione penalmente illecita. Completamente negletta è, invece, l'omofobia nella Legge Reale-Mancino e nella Legge Mancino, definibili come le leggi italiane sull'hate speech

ed hate crime, ove gli unici pregiudizi che vengono in rilievo sono i soli desunti dalla nozione internazionalmente – e nazionalmente – riconosciuta di genocidio (razza, etnia, nazionalità e religione). Tutt’ora giace in Parlamento da quasi tre anni un progetto di legge approvato da una sola Camera, mirante ad emendare la vigente normativa italiana sull’hate. Ad oggi, tuttavia, paiono superate le critiche mosse da parte della dottrina a tale intervento, visto come mero uso simbolico del diritto penale da parte del potere politico. Nelle more, infatti, sono intervenuti provvedimenti legislativi di carattere non penale – segnatamente la legge sulla cd. “buona scuola” e la legge sulle “unioni civili” – destinate ad avere un ruolo centrale nel cambiamento culturale della società, oltre ad aver esse stesse rappresentato occasione di emersione del dibattito. La proposta di legge in questione, opererebbe sulla Legge Reale-Mancino e sulla Legge Mancino introducendo da un lato il riferimento all’omofobia e trasfobia, dall’altro una causa di non punibilità, difficilmente inquadrabile sotto il profilo dommatico, che pare voler concedere totale immunità dalla persecuzione di atti di discriminazione o di istigazione alla discriminazione a soggetti appartenenti a specifiche istituzioni od organizzazioni. Alla luce dei rilievi critici proposti sui vari aspetti tecnico giuridici del testo in discussione si auspica da un lato la ripresa della discussione parlamentare, dall’altro interventi emendativi miranti a ricondurre a coerenza sistematica e teleologica le disposizioni in fase di approvazione.

CAPITOLO 4

Aspetti comparatistici

1. Premessa – 2. Ordinamento tedesco e italiano a confronto – 2.1 Elementi di analogia nelle fattispecie di hate speech – 2.2 Elementi di differenziazione delle fattispecie di hate speech – 2.3 L'Hate crime nelle due legislazioni – 3 Conclusioni: la rilevanza penale dell'omofobia nell'ordinamento penale tedesco e italiano.

1. Premessa.

La prospettata analisi dei comportamenti ispirati da omofobia (capitolo 1) e la loro rilevanza penalistica nell'ordinamento tedesco (capitolo 2) ed italiano (capitolo 3) mirano a cogliere le peculiarità delle singole soluzioni prospettate in relazione alla loro efficacia a prevenire e reprimere il fenomeno in questione. In tal senso un'analisi non più individuale delle soluzioni normative ma comparatistica si pone l'obiettivo di comprendere quale sia la soluzione più efficace e quali siano gli aspetti criticabili o comunque emendabili per il conseguimento di un risultato applicativo più ottimale sia dal punto di vista del diritto penale che della politica criminale. La seguente proposta di analisi sarà, pertanto, ispirata al metodo comparatistico funzionale da intendersi come analisi delle differenti discipline in funzione degli effetti da esse prodotti sulla regolamentazione della fattispecie concreta presa in esame⁶⁰⁹: nel caso di specie, il comportamento penalmente rilevante ispirato da pregiudizio omofobico.

⁶⁰⁹ Sulla metodologia di comparazione penalistica funzionale (“*Funktionale Strafrechtsvergleichung*”) si veda *amplius* SIEBER U., *Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, in SIEBER U.-ALBRECHT H. J., *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr.*

2. Ordinamento tedesco e italiano a confronto.

La scelta di esaminare le soluzioni adottate per il contrasto dell'odio omofobico in Germania ed in Italia non è casuale ma ispirata da due ordini di ragioni. In primo luogo dall'esperienza storica che ha tristemente accomunato i due Paesi, in particolare nell'ultimo conflitto mondiale, e che si è caratterizzata per eventi genocidiari⁶¹⁰ che hanno visto la cooperazione dei due governi in un'opera di sterminio di massa e l'aver sperimentato entrambi i Paesi regimi totalitari, rispettivamente il regime nazionalsocialista ed il regime fascista. Le due circostanze sono strettamente connesse secondo quanto precedentemente esaminato in ordine all'origine di fatti di genocidio⁶¹¹. Il totalitarismo è comunemente descritto non solo come “*un regime politico nel quale sono soppresse le libertà politiche e le libertà civili, ma anche un sistema in cui vigono il controllo e la gestione totali dell'esistenza di tutti e di ciascuno*”⁶¹²: l'aspetto che risulta peculiare per la

Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, Freiburg im Breisgau, 2006, p. 112 ss.

⁶¹⁰ In questo contesto l'accezione del termine “genocidio” deve essere intesa in senso più ampio di quella attualmente considerata legale a stregua delle fonti internazionali in pregresso esaminate (Capitolo 1, § 3.2.3) per ricomprendere tutte le azioni miranti ad annientare a vari livelli – non ultimo quello fisico – una pluralità di gruppi di minoranze.

⁶¹¹ Cfr. *supra*, capitolo 1, § 3.2.

⁶¹² FORTI S., voce *Totalitarismo*, in D'ORSI A. (a cura di), *Gli ismi della politica*, Viella, Torino, 2010, p. 459. Sul totalitarismo in generale, su cui indugiare in questa sede risulta relativamente rilevante, resta sempre di grande attualità l'attenta analisi eziologica e fenomenologica proposta da ARENDT H., *The Origin of*

questione penalistica relativa all'hate deve ravvisarsi proprio nell'imposizione a livello statuale di un modello di persona umana rispetto al quale la non conformità non può essere tollerata e cui corrisponde una reazione di carattere latamente discriminatorio giunto in taluni casi fino allo sterminio di massa. La Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Italiana, sono state entrambe istituzionalmente ricostruite su basi opposte a quelle del totalitarismo, ravvisabili nella tutela e nella promozione del pluralismo e che ha trovato esplicazione nelle rispettive Carte costituzionali *sub specie* di principio di uguaglianza-non discriminazione, di cui il diritto penale antidiscriminatorio – *id est*, il contrasto tramite diritto penale dell'hate speech e dell'hate crime – risulta una specifica declinazione. In secondo luogo, la scelta di comparare le norme in questione negli ordinamenti tedesco ed italiano mira ad avvalersi dell'agevolazione rappresentata da un già preesistente e consolidato dialogo sugli aspetti dommatici del diritto penale che ha portato i due sistemi giuridici in esame ad influenzarsi reciprocamente fino a potersi considerare molto più affini di altri, pur tradizionalmente prossimi, ordinamenti europei⁶¹³. Ciò premesso l'analisi comparatistica procederà esaminando secondo il predetto

Totalitarianism, 1951, trad. it. a cura di GUADAGNIN A., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009.

⁶¹³ Sull'importanza di una premessa accostabilità dei sistemi giuridici di riferimento per procedere ad una valevole comparazione giuridica di norme analoghe riferibili a ciascuno di essi si veda ancora SIEBER U., *Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 114; si veda altresì BACIGALUPO E., *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. I, pp. 3-21.

metodo comparativo funzionale, le analogie e le differenze delle norme applicabili ad ipotesi di hate speech ed hate crime di carattere omofobico. Saranno esaminate a confronto, in particolare, le sole norme che all'esito delle analisi singolarmente condotte nei precedenti capitoli sono state individuate come fattispecie di hate speech ed hate crime, con esclusione di quelle solo indirettamente riconducibili a tali schemi⁶¹⁴: in rilievo verranno, quindi, per l'ordinamento tedesco la fattispecie di "incitamento all'odio" ("*Volksverhetzung*", § 130, commi 1 e 2, StGB), la fattispecie di omicidio aggravato in riferimento ai motivi "vili"⁶¹⁵ ("*Mord aus niedrigen Beweggründen*", § 211 StGB) e la disposizione che prevede i principi di commisurazione della pena ("*Grundsätze der Strafzumessung*", § 46 StGB). Per l'ordinamento italiano le fattispecie di rilievo sono quelle della Legge-Reale, della Legge Mancino – anche in relazione al progetto di legge sull'omofobia in discussione al Parlamento – ed infine l'aggravante comune dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n. 1, c.p.

⁶¹⁴ Non verranno, pertanto, comparate le fattispecie di apologia del fascismo o dei fatti di genocidio, presenti in entrambi gli ordinamenti ma solo in via indiretta rilevanti per la repressione di fatti motivati da o espressione di hate.

⁶¹⁵ Si preferisce qui rendere con "vile" l'aggettivo "*niedrig*" tedesco riferito ai motivi dell'omicidio che giustificano la qualificazione dello stesso come "*Mord*" (assassinio). Invero né "futile" né "abietto" potrebbero considerarsi traduzioni tecnicamente appropriate del termine "*niedrig*" in quanto entrambe le accezioni dei termini riferibili all'art. 61, n. 1, c.p. sono ascritti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca alla categoria dei motivi individuati come "*niedrige Beweggründe*".

2.1. Elementi di analogia nelle fattispecie di hate speech.

Nonostante i prefati comuni elementi che connotano l'esperienza storica e giuridica italiana e tedesca la normativa in questione – e quella sull'hate speech in specie – presentano ben pochi tratti comuni soprattutto in termini di formulazione. Sotto il profilo interpretativo le disuguaglianze formali risultano essere livellate – ove possibile – per ricondurre le disposizioni a coerenza rispetto ai principi che entrambi gli ordinamenti considerano ugualmente fondamentali. Sia la disposizione tedesca di cui al § 130 StGB, sia la disposizione italiana di cui all'art. 3, L. 654/1975 prevedono come fatto punibile l'istigazione alla violenza ed alla discriminazione⁶¹⁶ offrendo, così, riscontro attuativo alla convenzione di New York del 7 marzo 1966. Altro aspetto comune è l'elemento del pericolo rappresentato dalle condotte in questione, esplicitato nella norma tedesca (“in modo idoneo a disturbare la pubblica tranquillità”) e non espresso dalla norma italiana. Invero l'art. 3, L. 654/1975 in una interpretazione letterale punirebbe la mera istigazione anche ove non accolta. Un confronto con la norma di cui all'art. 414 , comma 1, c.p. confermerebbe questa interpretazione, in quanto nell'ultima disposizione richiamata l'istigazione per delinquere è punita sempre a prescindere dal suo concreto accoglimento, purché sia

⁶¹⁶ Quanto all'incitamento alla discriminazione nel testo tedesco rimane tutt'oggi il termine introdotto con la prima riforma del 1960, “incitamento a comportamenti arbitrari” (“*Aufforderung zu Willkürmaßnahmen*”) che viene, comunque inteso, in termini di “*comportamenti antigiuridici, discriminatori miranti ad arrecare danno o svantaggio*”. Si veda *Beck'sche kurz Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 61. Auflage, München, 2014, p. 991.

commessa “pubblicamente”, aspetto che ne sancisce l’effettiva pericolosità per il bene giuridico “ordine pubblico”, quand’anche meramente potenziale. Sull’art. 3 della Legge Reale-Mancino la giurisprudenza ha, infatti, precisato che le condotte di istigazione non possono essere di per sé rilevanti penalmente se non poste in essere con modalità tali da essere percepibili da un numero indeterminato di persone, senza che vi sia la prova dell’effettiva percezione⁶¹⁷. Tale lettura della norma consente di ravvisare in via interpretativa l’analogia con la previsione del § 130 StGB sull’idoneità della condotta a rappresentare un pericolo per la tranquillità pubblica. Gli aspetti comuni di carattere strutturale, tuttavia, non consentono di considerare le due norme analoghe sotto il profilo dell’applicazione a casi di discorso di odio e, in particolare di odio omofobico. Sotto tale profilo la legislazioni presentano numerose ulteriori differenze.

2.2. Elementi di differenziazione delle fattispecie di hate speech.

La principale differenza ravvisabile nelle due norme è proprio nei soggetti tutelati. Mentre la norma italiana tutela esclusivamente gruppi individuati in base alla razza, l’etnia, la religione e la nazionalità, la norma tedesca

⁶¹⁷ In tal senso, da ultimo, Cass. Pen., sez. I, sent. 22 maggio 2015, n. 42727, in Cassazione Penale, 2016, fasc. 5, p. 2021, con nota di SILIBERTI A. Si tratta del caso di una persona che aveva pubblicato sul *social network* “Facebook” la frase “*mai nessuno che se la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato, vergogna*”, riferita alla foto dell’ex ministro Cecile Kyenge. La Corte ha ravvisato nella pubblicazione sul *social network* la caratteristica ulteriore della potenziale percepibilità dell’istigazione alla violenza rappresentata dalla condotta dell’imputato.

tutela, oltre questi stessi gruppi, anche “parti della popolazione” (“*Teile der Bevölkerung*”) nonché espressamente singoli individui ove siano oggetto delle condotte incriminate dalla norma e qualora gli stessi siano presi in considerazione dall’autore a causa dell’appartenenza ad uno di tali gruppi o ad una parte della popolazione. La formula, rinunciando ad una elencazione di gruppi vulnerabili⁶¹⁸, risulta particolarmente ampia e pertanto non immune da critiche sotto il profilo della conformità al principio di determinatezza della fattispecie, obiezione che è stata superata dalla giurisprudenza mediante l’elaborazione di criteri miranti a restringere il senso dell’espressione. L’individuazione dei gruppi tutelati dal § 130 StGB origina dalla considerazione di caratteristiche comuni personali esterne o interne che li distingue dal resto della popolazione⁶¹⁹, i gruppi in questione devono essere numericamente consistenti⁶²⁰ e non devono essere raggruppamenti temporanei od

⁶¹⁸ Una scelta intermedia tra quella restrittiva italiana e quella potenzialmente indeterminata tedesca è stata, invece, operata da numerosi altri paesi europei che non hanno rinunciato all’elencazione di specifici gruppi vulnerabili, individuandone, però, un numero consistente, ricomprendente anche le persone LGBT come nel caso, ad esempio, della legislazione penale spagnola e francese. Per un’ampia panoramica delle scelte operate in tal senso dagli ordinamenti europei si veda GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012, in particolare p. 7 e ss.

⁶¹⁹ BayObLG, sent. 17 agosto 1994 (4 St RR 105/94), NJW, 1995, Heft 3, p. 145.

⁶²⁰ OLG Hamm, sent. 24 settembre 1980 (4 SS 1410/80), NJW, 1981, Heft 11, p. 591.

occasionali ma stabilmente esistenti⁶²¹, non deve trattarsi di istituzioni o enti ma eventualmente di persone ad essi riferibili⁶²², deve trattarsi di gruppi parte della popolazione dello Stato e non di altri Paesi esteri⁶²³ ed inoltre non deve necessariamente essere considerata l'eventuale storia di pregressa vittimizzazione⁶²⁴. Altra importante differenza è la diversa ampiezza della fattispecie di "propaganda". La previsione di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), L. 654/1975 restringe la punibilità della propaganda alle sole idee fondate sulla superiorità razziale o etnica. Come si è precedentemente evidenziato⁶²⁵ la giurisprudenza ha precisato che la propaganda di idee non può essere penalmente rilevante solo per i contenuti, quand'anche particolarmente riprovevoli. La norma viene integrata con il requisito della idoneità della condotta a riscuotere consensi ed influenzare, condizionare un vasto pubblico⁶²⁶. Anche in questo caso una integrazione normativa porta a conformare al principio di offensività una fattispecie che altrimenti interesserebbe la mera manifestazione del pensiero e tale integrazione rende la norma in questione particolarmente affine, sotto il profilo della idoneità a disturbare la pubblica tranquillità, alla previsione di cui al primo comma del § 130 StGB. In quest'ultimo non compare espressamente la propaganda di idee fondate sulla

⁶²¹ Cfr. STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in: KÜPER W. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lacker zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, p. 523.

⁶²² BGHSt., 36 83, 91.

⁶²³ BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Berlin, 11. Auflage, 2005, Band 4., p. 218.

⁶²⁴ *Beck'sche kurz Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, cit., p. 989.

⁶²⁵ Cfr. *supra*, capitolo 3, § 3.1.4.2.1.

⁶²⁶ In tal senso Cass. Pen., sez. I, sent. 22 novembre 2012, n. 47894.

superiorità razziale o etnica ma viene prevista un più ampio concetto, l'incitamento all'odio (*"Aufstacheln zum Hass"*). Strutturalmente tale previsione risulta analoga al concetto di propaganda di idee fondate sulla superiorità, perché dal punto di vista contenutistico in entrambi i casi il pensiero espresso mira o comunque è idoneo a suscitare sentimento di avversione e repulsione nei confronti di un gruppo considerato inferiore. La fattispecie tedesca si presenta, tuttavia molto più ampia in quanto non solo ricomprende implicitamente la propaganda di idee fondate sulla superiorità, ma anche qualsivoglia altra manifestazione che *"esplichi effetti sui sensi e sulle passioni, ma anche sull'intelletto e che sia obiettivamente idonea e soggettivamente – nel senso di una condotta a ciò orientata – diretta a suscitare o accrescere un atteggiamento ostile oltre la mera repulsione o il mero disprezzo"*⁶²⁷. A ciò si aggiunga che ben più ampio è il novero delle vittime di tale incitazione all'odio: mentre nella fattispecie della Legge Reale-Mancino è ancor più ristretto essendo limitata la punibilità alla propaganda di idee con sola connotazione razziale ed etnica (non anche nazionale e religiosa come per le altre fattispecie)⁶²⁸ nella fattispecie tedesca l'incitazione all'odio è punita quando è diretta contro gruppi razziali, etnici, nazionali o religiosi, contro parti della popolazione o contro singoli a causa dell'appartenenza ad uno dei menzionati gruppi o ad una parte della popolazione. Ciò che, in sostanza, distingue i due approcci è la valorizzazione da parte tedesca non tanto

⁶²⁷ STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage, Rn. 5a, p. 1526.

⁶²⁸ Sui motivi che hanno condotto a tale restrizione si richiama ancora DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Legislazione penale*, 1994, pp. 177-179.

di specifici contenuti espressivi da vietare, ma degli effetti che un certo tipo di comunicazione può sortire nel determinare o comunque influenzare l'atteggiamento di una pluralità di persone nei confronti non di due individuate minoranze ma di un ampio novero di gruppi e singoli membri di gruppi. Pare, dunque, incontestabile che la norma tedesca sull'incitamento all'odio meglio funga da baluardo contro l'hate speech e, segnatamente, sia idonea a contrastare il discorso d'odio omofobico essendo ricomprese le persone LGBT nel novero delle parti della popolazione di cui al § 130 StGB⁶²⁹, conseguenza non pensabile per la disposizione della Legge Reale Mancino se non a costo di effettuare una illecita operazione di interpretazione analogica *in malam partem* della fattispecie di propaganda⁶³⁰. Da ultimo si segnala che tra le norme sull'hate speech dell'ordinamento italiano compare l'ulteriore fattispecie associativa finalizzata all'istigazione alla violenza ed alla discriminazione, che l'ordinamento tedesco non contempla espressamente⁶³¹.

⁶²⁹ Cfr. *supra*, capitolo 2, § 3.1.2.

⁶³⁰ Occorre evidenziare che le varie proposte di introduzione del pregiudizio omofobico nella Legge Reale-Mancino – incluso il DDL Scalfarotto – non hanno in alcun modo mirato a modificare la fattispecie di propagando estendendo la punibilità alla propaganda di idee fondate sulla superiorità di una specifica identità sessuale. cfr. DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in RIDPP, 2013, p. 11.

⁶³¹ Non è escluso *a priori*, tuttavia, che la medesima fattispecie associativa possa risultare nell'ordinamento tedesco dalla combinazione della fattispecie associativa generale (“*Bildung krimineller Vereinigungen*”, § 129 StGB) e della fattispecie di cui al § 130 StGB in questione, per cui le condotte di istigazione alla discriminazione ed alla violenza siano i reati fine di tali associazioni.

2.3. L'Hate crime nelle due legislazioni.

Ben più complessa è l'analisi comparata delle fattispecie in questione in riferimento a condotte di hate crime, in quanto nei due ordinamenti le tecniche di incriminazione prescelte risultano strutturalmente divergenti. Partendo dalla considerazione criminologica secondo cui hate crime sono condotte già considerate dall'ordinamento come reato ma che si caricano di un maggior disvalore in ragione del pregiudizio ad esse sotteso⁶³² – da un punto di vista penalistico altresì espresso tramite la condotta stessa in termini di lesione del bene giuridico “pari dignità” della vittima – le previsioni normative sia italiane che tedesche presentano una certa disorganicità. Nel § 130 StGB, infatti, alla stessa pena prevista per l'incitamento all'odio e per l'istigazione a condotte violente o discriminatorie viene altresì assoggettata la condotta di chi “*aggredisce la dignità umana altrui mediante ingiurie, intenzionali rappresentazioni spregevoli o calunnie nei confronti dei gruppi, delle parti della popolazione o di individui*” di cui prima si è detto. Per come la dottrina e la giurisprudenza tedesca interpretano tale fattispecie, si tratterebbe di una forma qualificata di ingiuria e di diffamazione, ove il *quid pluris* consiste nella lesione non già del semplice bene giuridico “onore” ma del più pregnante bene “dignità umana” (“*Menschenwürde*”). Si afferma, infatti, che una tale “aggressione” sussiste quando l'essere umano è colpito nel nucleo della propria personalità, laddove venga rappresentato come inferiore in spregio al principio di uguaglianza e gli venga contestato il diritto alla vita nella comunità⁶³³. Inoltre l'altro aspetto che distingue questa

⁶³² Si rimanda, sul punto, al capitolo 1, § 3.2.1.

⁶³³ In tal senso STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage,

fattispecie dall'ingiuria o dalla diffamazione semplice è la descritta modalità della condotta – ingiuria, intenzionale spregevole rappresentazione e calunnia verso i gruppi o verso singoli a causa dell'appartenenza ai gruppi – che rende il reato a condotta vincolata. Quello che consta nell'esame di tale disposizione è la scelta del legislatore tedesco di collocare in un unico paragrafo di legge le condotte espressive del pensiero ed allo stesso tempo lesive della pari dignità in quanto foriere del pregiudizio retrostante. Invero, se si considera che l'ingiuria e la diffamazione nell'ordinamento tedesco già costituiscono reato – rispettivamente “*Beleidigung*” (§ 185 StGB) e “*Üble Nachrede*” (§ 186 StGB) –, in considerazione della nozione qui accolta di hate speech⁶³⁴, deve osservarsi che l'ipotesi di reato di cui al comma 1, n. 2, § 130 StGB si presenta come una fattispecie di hate crime, non già di hate speech, la cui collocazione è stata pensata dal legislatore tedesco per la natura espressiva della condotta e solo in questo accomunata alla condotta di cui al primo comma. Analoga ma più accentuata commistione di norme sull'hate speech e sull'hate crime si riscontra nelle fattispecie di cui al primo comma dell'art. 3, L. 654/1975 ove alla stessa pena vengono assoggettate anche condotte non meramente espressive ma fattive quali la commissione di atti di discriminazione e la commissione di atti di violenza o di atti di provocazione alla violenza. La già segnalata uniformazione del trattamento sanzionatorio per

Rn. 6, p. 1528. Si noti che quel che viene individuato come “dignità” in sostanza non viene fatto coincidere con l'astratto concetto di dignità umana ma con una nozione molto più prossima a quella precedentemente individuata di “pari dignità” (cfr. *supra*, capitolo 3, § 3.1.4.1), di cui sintomatico è il diritto ad una vita nell'ambito della comunità in condizioni di parità.

⁶³⁴ Su cui si veda *supra* capitolo 1, § 3.2.2.

condotte portatrici di diverso disvalore⁶³⁵ non si richiama, tuttavia, ad un criterio di coerenza quale quello dell'accomunare condotte espressive, cui si è orientato l'ordinamento tedesco. Fatta questa premessa occorre raffrontare le tecniche di incriminazione degli hate crime adottate nei due ordinamenti.

Nell'ordinamento tedesco una sola fattispecie è idonea a ricomprendere l'hate quale movente del reato e ricollegarvi un inasprimento sanzionatorio. Si tratta della fattispecie di assassinio⁶³⁶ di cui al § 211 StGB, ove l'omicidio sia commesso per “motivi vili” (“*niedrige Beweggründe*”)⁶³⁷, tra i quali motivi la giurisprudenza tedesca ha annoverato i motivi ricompresi nel concetto di hate⁶³⁸. La stessa previsione è riscontrabile nel codice penale italiano ove l'art. 577, comma 1, n. 4, c.p., in

⁶³⁵ Su cui criticamente si rimanda a MOCCIA S., *La perenne emergenza*, ESI, 1997, p. 102.

⁶³⁶ Si preferisce rendere come “assassinio” il termine tedesco “*Mord*” trattandosi di un termine diverso – anche se sinonimico nel lessico comune tedesco – da quello utilizzato per la forma meno grave di omicidio volontario (“*Totschlag*”) che si preferisce rendere con il termine di cui alla rubrica dell'art. 575 c.p. (omicidio). Si preferisce, inoltre, rinunciare a rendere la rubrica del § 211 StGB con l'espressione “omicidio aggravato” anche per il persistente dibattito della scienza penalistica tedesca circa i rapporti tra le fattispecie di *Totschlag* e *Mord*, non unanimemente riconosciuti in termini di fattispecie base/fattispecie aggravata. Si richiama sul punto le riflessioni proposte nel § 3.2.1 del capitolo 2.

⁶³⁷ In tal caso, anziché applicarsi la pena della reclusione non inferiore ad anni 5 – (*id est* da 5 a 15 anni in relazione al parametro di cui al § 38, comma 2, StGB) – come previsto per l'omicidio (“*Totschlag*”, § 212 StGB), si applica la pena dell'ergastolo (“*lebenslange Freiheitsstrafe*”).

⁶³⁸ Si richiama sul punto l'analisi di tale aspetto proposta *supra*, capitolo 2, § 3.2.

riferimento al reato di omicidio di cui all'art. 575 c.p., fa richiamo espresso della circostanza dei motivi abietti o futili di cui all'art. 61, n. 1, c.p., con la conseguenza che l'omicidio commesso per motivi abietti o futili è punito con l'ergastolo anziché con la reclusione non inferiore ad anni ventuno prevista per l'omicidio semplice⁶³⁹. E come si è visto nell'analisi della circostanza di cui all'art. 61, n. 1, c.p.⁶⁴⁰, tra i motivi abietti la giurisprudenza ricomprende anche i motivi legati all'hate in generale e l'omofobia in specie⁶⁴¹. I due ordinamenti perfettamente sovrapponibili sotto il profilo da ultimo evidenziato si discostano, tuttavia, per la diversa portata che l'aggravante dei motivi vili assume nei rispettivi contesti. Nell'ordinamento tedesco, infatti, tale aggravante rileva solo nel caso di omicidio volontario e non oltre, mentre nell'ordinamento italiano la stessa (motivi abietti o futili) riferita all'omicidio si qualifica come aggravante speciale, ma al di fuori di tale ipotesi è aggravante comune in virtù della sua collocazione nell'art. 61 c.p. e, pertanto, applicabile a qualsivoglia reato previsto dall'ordinamento italiano determinando, tuttavia, un aumento di pena non superiore ad un terzo (aggravante ad effetto comune). Tale

⁶³⁹ Si precisa che i motivi futili o abietti quali moventi dell'omicidio sono richiamati altresì dall'art. 576, comma 1, n. 2, c.p., ove l'omicidio sia commesso nei confronti dell'ascendente o del discendente. L'abolizione della pena di morte ricollegata in origine a tale fattispecie e la sua sostituzione con la pena dell'ergastolo ha reso, tuttavia, irrilevante la distinzione sotto il profilo sanzionatorio e pertanto, oltretutto l'omicidio sia commesso per motivi abietti o futili, la pena applicabile è sempre l'ergastolo, quale che sia la qualifica soggettiva della vittima.

⁶⁴⁰ Cfr. *supra*, capitolo 3, § 3.1.3.

⁶⁴¹ Si richiama la già citata pronuncia del Trib. Napoli, sez. VII pen., pres. Di Stefano, sent. 11 dicembre 2014, inedita.

meccanismo ben si presta a fungere da raccordo per la formazione di fattispecie di hate crime, tuttavia essa si trova a dover concorrere con l'analoga aggravante ad effetto speciale prevista dall'art. 3, D.L. 122/1993. Esclusa, infatti, l'interpretazione giurisprudenziale che vuole le "finalità" previste da detta disposizione quali fini ulteriori da perseguire rispetto alla condotta criminosa, l'interpretazione delle finalità quale movente espresso dall'azione comporta l'applicabilità della circostanza di cui alla Legge Mancino quando l'hate che muove l'azione e che da essa promana sia di natura razziale, etnica, nazionale e religiosa con conseguente aumento della pena fino alla metà, mentre ove lo stesso sia di natura omofobica o di altra natura è la circostanza di cui all'art. 61 c.p. a trovare applicazione, comportando un incremento sanzionatorio non superiore ad un terzo. Un meccanismo simile per la formazione di fattispecie di hate crime è del tutto ignota all'ordinamento tedesco⁶⁴², ove i motivi vili – e quelli legati al pregiudizio ed al pregiudizio omofobico in particolare – restano confinati nella fase della commisurazione della pena senza assumere una autonoma rilevanza che si traduca in un trattamento sanzionatorio che oltrepassi i confini della cornice edittale di pena⁶⁴³. Né,

⁶⁴² Invero sono da segnalarsi in Germania alcuni progetti di legge presentati al Parlamento per estendere ad altre fattispecie l'aggravante dei motivi vili, in particolare con riferimento alle lesioni personali, progetti che non hanno ad oggi incontrato l'assenso del legislatore tedesco. Si veda LANG K., *Vorurteilsriminalität, Nomos*, Baden-Baden, 2014, p. 163 e ss.

⁶⁴³ Nell'ordinamento italiano, d'altronde, tale sarebbe l'effetto dell'assenza di una previsione quale quella dell'art. 61, n. 1, c.p. o dell'art. 3, comma 1, D.L. 122/1993, che ricondurrebbe la valutazione dei motivi a delinquere nell'orbita dell'art. 133, comma 2, n. 1, c.p.

invero, la recente modifica del § 46 StGB in tema di commisurazione della pena è destinata a mutare l'assetto della normativa in tema di criminalità da pregiudizio: come è stato opportunamente osservato, la esplicitazione esemplificativa di specifici motivi a delinquere da considerare al momento della commisurazione della pena – in particolare motivi razziali, xenofobi e altri motivi legati al disprezzo per la persona umana (“*Menschenverachtende Beweggründe*”) – non pare destinata a mutare una prassi già consolidata di dare rilievo ai motivi legati all'hate nella commisurazione della pena⁶⁴⁴.

3. Conclusioni: la rilevanza penale dell'omofobia nell'ordinamento penale tedesco e italiano.

L'analisi comparata delle fattispecie di hate speech e di hate crime – con particolare riferimento al pregiudizio omofobico – fin qui condotta porta a concludere che, nonostante analoghe premesse storiche e di sistema del diritto penale, l'ordinamento tedesco ed italiano hanno adottato un sistema di tutela penale tutt'altro che soddisfacente.

⁶⁴⁴ Si richiamano ancora BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, *Stellungnahme* Nr. 23/2013, consultabile all'indirizzo <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmendeutschland/2013/november/stellungnahme-der-brak-2013-23.pdf>; SEEHAFFER S., *Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/ fremdfeindlich motivierte Gewalttaten – Das amerikanische „hate crime“ Konzept und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem*, Berlin, 2003, p. 106; HAVERKAMP R.-LUKAS T., *Diskriminierung durch Strafrecht*, in: SCHEER A.-EL-MAFAALANI A. (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, Springer VS, Wiesbaden, 2016.

Da un lato l'ordinamento tedesco ha focalizzato la propria attenzione soprattutto sulla repressione del discorso d'odio, peraltro in termini ben più ampi di quelli della propaganda di idee della Legge Reale-Mancino, trascurando quasi completamente l'aspetto del crimine d'odio cui riserva una sola previsione (l'omicidio per vili motivi) relegando il pregiudizio, movente del reato, alla fase della commisurazione giudiziale della pena. Una simile scelta, tuttavia, non può considerarsi soddisfacente in quanto in termini di politica criminale si risolve in una manifesta contraddizione: da un lato l'anticipazione della tutela del bene giuridico "(pari) dignità umana" parrebbe rimarcare la fondamentale importanza di tale valore al di sopra di altri valori pur importanti e tuttavia tutelati dall'ordinamento nella forma della sola lesione. Dall'altro tale implicita affermazione di valore non si traduce in una tutela rafforzata di tale bene giuridico rispetto ad altri quando lo stesso non è semplicemente messo in pericolo ma addirittura leso con comportamenti qualificabili come hate crime. Sulla stessa linea critica si osserva la paradossale assenza della incriminazione degli atti di discriminazione che risulta tutt'altro che ragionevole ove il § 130 StGB incrimina l'istigazione alla discriminazione. L'aspetto sicuramente positivo delle soluzioni adottate dall'ordinamento tedesco è il successo ottenuto fin dalla riforma del § 130 StGB del 1960⁶⁴⁵ nell'aver evitato che una tutela rafforzata fosse garantita ad alcune e non ad altre minoranze – quel che è stato definito "*privilegium*

⁶⁴⁵ Riforma in seguito alla quale il previgente paragrafo sulla "lotta di classe" – cd. "*Klassenkampfparagraph*" – venne sostituito con un prototipo dell'odierna versione del § 130 StGB, ove già la condotta considerata punibile ove diretta contro "parti della popolazione". Si veda l'*excursus* storico-evolutivo della fattispecie proposto nel capitolo 2, § 3.1.

odiosum”⁶⁴⁶ – risultando la disposizione assai versatile rispetto alla tutela della pari dignità della persona umana in tutte le sue molteplici sfaccettature.

L’ordinamento italiano manifesta criticità sotto altri profili. Da un lato si è optato per l’introduzione di una normativa *ad hoc* per l’hate speech e l’hate crime, ma la stessa è stata funzionalmente limitata alla tutela delle sole quattro categorie di caratteristiche identitarie – razza, etnia, religione, nazionalità – afferenti alla descrizione della fattispecie di genocidio. Proprio il motivo omofobico del fatto penalmente rilevante si manifesta quale banco di prova dell’irragionevolezza della normativa in questione la quale, con implicito linguaggio normativo, afferma che l’identità sessuale risulta una caratteristica identitaria meno importante delle quattro espressamente tutelate dalla legge speciale: l’aumento di pena ricollegato ad un fatto commesso per pregiudizio razziale, etnico, nazionale e religioso è, infatti, di gran lunga superiore (fino alla metà ex art. 3, comma 1, D.L. 122/1993) a quello previsto per un fatto commesso per pregiudizio omofobico (fino ad un terzo, dal combinato disposto degli artt. 61, n. 1 c.p. e 64, comma 1, c.p.), e ciò nonostante la Corte EDU abbia formalmente affermato la equiparazione del pregiudizio razziale ed omofobico sotto il profilo giuridico oltre che fattuale⁶⁴⁷. La proposta di legge in fase di discussione al

⁶⁴⁶ Si veda ROHRBEN B., *Von der “Anreizung zum Klassenkampf” zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB)*, Berlin, 2009, pp. 169, 181 e 244; STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in: KÜPER W. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, p. 503; HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, p. 285.

⁶⁴⁷ Si richiama ancora Corte EDU, sez. V, sent. 9 febbraio 2012 – Vejdeland ed altri c. Svezia (ric. n. 1013/2007), in RIDPP, 2013, pp. 405 e ss., con nota di GOISIS L.

Parlamento italiano, nel testo ad oggi approvato da una sola Camera – con tutti i propri limiti e le proprie criticità, nonché con l’auspicio di una revisione nei termini sopra meglio precisati⁶⁴⁸ – potrebbe determinare l’estensione delle norme della Legge Reale-Mancino e della Legge Mancino anche agli hate speech ed hate crime di natura omofobica, appianando quel dislivello assiologico ad oggi esistente tra caratteristiche identitarie. Occorre, tuttavia, ribadire l’evidenziato pericolo che sotto il profilo dell’hate speech rappresenta la discutibile causa di non punibilità che si introdurrebbe al comma 3-bis dell’art. 3, L. 654/1975: essa potrebbe minare l’efficacia della tutela contro le discriminazioni proprio in quegli ambienti ove l’intolleranza nei confronti delle persone LGBT – ma anche delle persone di diversa razza, lingua, religione e nazionalità, data la generica formulazione della disposizione – risulti particolarmente radicata.

Conclusivamente allo stato attuale può affermarsi che la tutela penale delle persone LGBT pare particolarmente intensa nell’ordinamento tedesco limitatamente al profilo dell’hate speech e quasi assente sotto il profilo dell’hate crime con la sola esclusione dell’omicidio perpetrato per motivi omofobici; nell’ordinamento italiano, invece, la tutela penale delle persone LGBT non risulta considerata nella normativa specifica sull’hate speech ed hate crime, mentre una tutela contro l’hate crime di matrice omofobica – comunque di intensità inferiore a quella accordata alle quattro categorie identitarie della fattispecie di genocidio – può essere ricondotta all’aggravante comune ad effetto comune di cui all’art. 61, n. 1, c.p. In entrambi gli ordinamenti è ravvisabile la difficoltà di intravedere il fenomeno dell’hate in senso unitario, aspetto che

⁶⁴⁸ Cfr. supra, capitolo 3, § 3.1.5.6.

condurrebbe a ritenere quanto meno opportuni interventi legislativi a beneficio della coerenza sistematica.

BIBLIOGRAFIA

ABBATECOLA E., *Identità tradite. Omofobia, generi e generazioni*, in RUPINI E. (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano, 2005, pp. 183-206

AJZEN I., *Attitude structure and behaviour*, in PRATKANIS A. R.- BRECKLER S. J.- GREENWALD A.G. (a cura di), *Attitude structure and function*, Hillsdale, NJ, 1989, pp. 241-274

ALLPORT G., *The Nature of Prejudice*, Cambridge, 1954, trad. it. CHIARENZA M. (a cura di), *La natura del pregiudizio*, Firenze, 1973

AMBROSINI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXVIII, n. 3, settembre 2008, p. 523

ARENDT H., *The Origin of Totalitarianism*, 1951, trad. it. a cura di GUADAGNIN A., *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009

AYDIN Ö. D., *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Freiburg im Breisgau, 2006

AZZALI G., *Osservazioni sui reati di pericolo*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, vol. II, p. 1343

BACCO F., *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in RIDPP, 2010, pp. 1165-1203

BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXXIII, n. 4, dicembre 2013, pp. 823-848

BACHOFEN J. J., *Mutterrecht*, 1861, ed. it. a cura di SCHIAVONI G., *Il Matriarcato*, Einaudi, Torino, 1988

BACIGALUPO E., *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, vol. I, pp. 3-21

BALDUS V., *Hate Crime: Gesetze zur effektiven Bekämpfung von Rechtsextremismus und Fremdgeindlichkeit in Deutschland?*, Frankfurt am Main, 2003

BELLASSAI S., *L'invenzione della virilità. Politica e immaginario maschile nell'Italia contemporanea*, Carocci, 2011

BLUMENFELD W.J. (a cura di), *Homophobia: How We All Pay the Price*, Beacon Press, Boston, 1992

BONGARTZ B., *Hassverbrechen und ihre Bedeutung in Gesellschaft und Statistik*, Mönchengladbach, 2010

BOURDIEU P., *La domination masculine*, Paris, 1998, trad. it. *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano, 1998

BOROMISHZA-HABASHI D., *Hate Speech*, in *The International Encyclopedia of Language and Social Interaction*, John Wiley & Sons, 2015, pp. 1-11

BOURDIEU P., *La domination masculine*, Paris, 1998, trad. it. *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano, 1998

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., XIX, 1973, p. 7 ss.

BRIGNONE C., *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 novembre 2013

BROWN R., *Psicologia sociale del pregiudizio*, Il Mulino, 1997

BUBNOFF E. v., § 130, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 4, Berlin, 11. Auflage, 2005

BURGIO G., *Desideri sconfinati. Sessualità migranti e frontiere culturali*, in DURST M., ROVERSELLI C., *Gender/genere. Contro vecchie e nuove esclusioni*, Pisa, 2015, p. 15 e ss.

BUSONI M., *Genere, sesso, cultura. Uno sguardo antropologico*, Carocci, Roma, 2000

CARNAGHI A., ARCURI L., *Parole e categorie. La cognizione sociale nei contesti intergruppo*, Cortina, Milano, 2007

CARUSO C., *Dialettica della libertà di espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste*, in TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, 2011

CARUSO C., *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell’art. 21 Cost.*, in Quaderni

costituzionali, a. XXXIII, n. 4, dicembre 2013, pp. 795-821

CASTEÑEDA M., *Comprendere l'omosessualità*, Armando Editore, Milano, 2014

CICCONE S., *Oltre la miseria del maschile. Un percorso di ricerca e di liberazione*, in RUSPINI E. (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini, Milano, 2005, p. 167

CICCONE S., *Essere maschi. Tra potere e libertà*, Rosenberg & Sellier, 2009

CRAIG-HENDERSON K. M., *The Psychological Harms of Hate: Implication and Intervention*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 2, Praeger, 2009, pp. 15-30

CRISP R. J., TURNER R. N., (MOSSO C., a cura di), *Psicologia sociale*, UTET, Torino 2013

DALL'ORTO G., *Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Il Saggiatore, Milano. 2015

D'AMICO M., *Diritto LGBT e "nuove famiglie" in Italia*, in D'AMICO M.- NARDOCCI C.-WINKLER M., *Orientamento sessuale e diritti civili*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 23-48

DE CAROLI M. E., *Categorizzazione sociale e costruzione del pregiudizio. Riflessioni e ricerche sulla formazione degli atteggiamenti di "genere" ed "etnia"*, Milano 2005

DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1, d.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Legislazione penale*, 1994, pp. 173-200

DEMARIA C., *Teorie di genere. Femminismo, critica postcoloniale e semiotica*, Bompiani, Milano, 2003

DE VERO G., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 283 e ss.

DOLCINI E., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 11/2011, pp. 1393-1396

DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *RIDPP*, 2011, pp. 24-37

DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *RIDPP*, 2013, p. 7-31

DRIGO C., *La dignità umana come valore (super)costituzionale*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 239-273

DÜRIG G., *Art. 3, Abs. 1*, in: MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band 1, Beck, 2003

DWOREK G., § 175 StGB: „weggefallen“ – nach 123 Jahren, in: HIRSCHFELD-EDDY-STIFTUNG (Hrsg), *Vom Verbot zur Gleichberechtigung – Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland*, Festschrift für Manfred Bruns – Berlin, 2012, pp. 46-57

FASOLI F.-PALADINO M.P.- CARNAGHI A., *Gli effetti delle etichette denigratorie sugli spettatori: il caso degli epiteti omofobi*, in *Sistemi intelligenti*, a. XXIV, n. 2, 2012, 291-302

FASOLI F.-PALADINO M.P.- CARNAGHI A., *Le conseguenze del linguaggio omofobo su omosessuali ed eterosessuali*, in *Psicologia sociale*, n. 2, 2013, 177-192

FERLA L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *RIDPP*, 2007, IV, pp. 1455-1475

FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *RIDPP*, 1982, pp. 42-81

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014

FINGER D. J., *Homophobie und Strafrecht*, Berlin, 2015, S. 167.

FISCHBEIN N.-AJZEN I., *Attitudes toward objects as predictors of single and multiple behaviour criteria*, in *Psychological Review*, 1974, 81, pp. 59-74

FISCHER T., *Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB)*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1989, S 445 ff.

FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità e crisi del diritto, oggi. Un*

percorso interdisciplinare, BERNARDI A.-PASTORE B.-PUGIOTTO A. (a cura di), Milano, 2008, p. 194

FORTI S., voce *Totalitarismo*, in D'ORSI A. (a cura di), *Gli ismi della politica*, Viella, Torino, 2010, pp. 459-466

FRANKE U., § 46, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 1, Beck, 2005

FREHSEE D., *Zu den Wechselwirkungen zwischen (Kriminal-) Politik und Gewalttaten Jugendlicher vor Rechtsextremistischen Hintergrund*, in *Kriminologisches Journal*, 1993, pp. 260-278

GATTUSO M., *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *Articolo 29*, consultabile all'indirizzo <http://www.articolo29.it/2013/che-cosa-dice-veramente-la-legge-sullomofobia-ovvero-il-bambino-e-lacqua-sporca/>

GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, Sage, London-New Delhi, 2004, p. 31

GIDDENS A.-SUTTON P. W., *Sociology*, Cambridge, 2013, ed. it. a cura di BALDINI M.-BARBAGLI M., *Fondamenti di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 2014

GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2012

GOISIS L., *Libertà di espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritto dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *RIDPP*, 2013, pp. 418-441

GRAGLIA M., *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012

HALL N., *Understanding Hate Crimes. Sociological and criminological perspectives*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 69-80

HAMILTON D. L., GIFFORD L.K., *Illusory Correlation in Interpersonal personal perception: a cognitive basis of stereotypic judgments*, in *Journal of Experimental Social Psychology*, 1976, 12, pp. 392-407

HAMILTON D. L.- SHERMAN S. J., *Perceiving persons and groups*, in *Psychological Review*, 1996, 103/2, pp. 336-355

HASLAM N., *Dehumanization: An Integrative Review*, in *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 10, n. 3, 2006, pp. 252-264

HASSEMER W., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus* (FS-A. Kaufmann zum 65. Geburtstag), Heidelberg, 1989, pp. 85 e ss.

HASSEMER W., *vor § 1*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Lieferung, Baden-Baden, 1997, Rn. 255 ss.

HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, p. 125-139

HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, trad. it. A cura di SICILIANO D., *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012

HAVERKAMP R.-LUKAS T., *Diskriminierung durch Strafrecht*, in: SCHEER A.-EL-MAFAALANI A. (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, Springer VS, Wiesbaden, 2016

HEFENDEHL R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002

HENRY J. S., *Hate crime laws: a critical assessment*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 183-203.

HEREK G. M., *Beyond "Homophobia": Thinking about Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in *Sexuality Research & Social Policy Journal*, vol. 1, n. 2, pp. 6-24.

HEREK G. M.-COGAN J. C.-GILLIS J. R., *Victim Experiences in Hate Crimes Based on Sexual Orientation*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, n. 2, pp. 319-339.

HEREK G., *The social context of hate crimes: Notes on cultural heterosexism*, in HEREK G.-BERRILL K. (a cura di), *Hate crimes: confronting violence against lesbians and gay men*, Newbury Park, CA: Sage, 1992, p. 89

HÖFLING W., Art. 9, in: SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003

HOLLAND R. B.- VERPLANKEN B.- VAN KNIPPENBERG A., *On the nature of attitude-behaviour relations: The strong*

guide, the weak follow, in *European Journal of Social Psychology*, 2002, 32, pp. 869-876

HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005

HUTTON E., *Bias Motivation in Crime: A Theoretical Examination*, in *Internet Journal of Criminology*, 2009, pp. 1-18

IGANSKI P., *Hate Crimes Hurt More*, in *American Behavioural Scientist*, 45, 2001, p. 626-638

IGANSKI P.-LAGOU S., *How Hate Crimes Hurt More*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 1-13

IGANSKI P.-LAGOU S., *The personal injuries of 'hate crime'*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 34-46

JACOBS B. J.-POTTER K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford, 2001

JÄHNKE B., § 211, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 4, Berlin, 11. Auflage, 2005

KIELSGARD M., *Responding to Modern Genocide*, Routledge, London-New York, 2015, p. 76 e ss.

KRÖGER P., *Entwicklungsstadien der Bestrafung der widernatürlichen Unzucht und kritische Studie zur Berechtigung der §§ 175, 175a, 175b StGB de lege ferenda*, Berlin, 1957

KRONE G., *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979

KRUPNA K., *Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland*, Lang, Frankfurt am Main, 2010

KUBINK M., *Rechtsextremistische und fremdfeindliche Straftaten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, n. 7, pp. 308-312

LA CECLA F., *Modi bruschi. Antropologia del maschio*, Mondadori, Milano, 2000

LACKNER/KÜHL, § 125, in: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München

LANG K., *Vorurteils kriminalität*, Nomos, Baden-Baden, 2014

LAPIERE R.T., *Attitudes vs actions*, in *Social Forces*, 1934, 13, pp. 230-237

LAUFHÜTTE H. W., *Vor § 80*, in: *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 4, 11. Auflage

LAWRENCE F.M., *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, in *Michigan Law Review*, 93, 1994, pp. 320-381

LEMKIN R., *Axis Rule in Occupied Europe*, The Lawbook Exchange, Clark (NJ), 2005, p. 79

LEVIN J.-MCDEVITT J., *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, Boulder, CO: Westview, 1993

LEVIN B., *The Long Arc of Justice; Race, Violence, and the Emergence of Hate Crime Law*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 1-22

LEVIN B.-RABRENOVIC G., *Hate as Cultural Justification for Violence*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 41-53

LEVIN J.-REICHELMANN A., *From Thrill to Defensive Motivation: The Role of Group Threat in the Changing Nature of Hate-Motivated Assault*, in *American Behavioral Scientist*, Vol. 59(12), 2015, pp. 1546-1561

LEVINE J. M.- MORELAND R. L., *Small groups*, in GILBERT D. T.- FISKE S. T.-LINDZEY G. (a cura di), *The handbook of social Psychology*, McGraw-Hill, Boston (MA), 1998, IV ed., vol. II, pp. 415-469

LICCI G., *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 2013

LINGIARDI V., *Citizen Gay*, Il Saggiatore, 2012

LO GIUDICE S., *Le politiche istituzionali di contrasto alle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere in Italia*, in CALAFÀ L.-GOTTARDI D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma 2009, pp. 323-331

LOHSE V., „*Türken ist der Zutritt verboten*“ – *Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung*, in NJW, 1985, Heft 29, SS. 1677-1681

MANCINI G., *Uomini vittime di donne. Quando il sesso forte è debole*, Persiani, Bologna, 2014

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005

MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, CEDAM, Padova, 1989

MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, 2011

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, UTET, Torino, 1985

MASON-BISH H., *Beyond the Silo. Rethinking hate crimes and intersectionality*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 24-33

MASON G., *Legislating against hate*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 59-68

MAUCERI S., *Omofobia come costruzione sociale*, Franco Angeli editore, Milano, 2015

MAZZARA B. M., *Stereotipi e pregiudizi*, Il Mulino, Bologna, 1997

MCDEVITT J.-BALBONI J.-GARCIA L.-GU J., *Consequences for Victims. A Comparison of Bias- and Non-Bias-Motivated Crimes*, in *American Behavioural Scientist*, 45, 2001, pp. 697-713

MCDEVITT J.-VEVIN J.-BENNETT S., *Hate Crime Offenders: An Expanded Typology*, in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, n. 2, 2002, pp. 303-317

MEIER B. D., *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg, 2015

MIEBACH/SCHÄFER, § 130, in: *Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 2/2, Beck, 2005

MOCCIA S., *La perenne emergenza*, ESI, 1997

MORAN J. L., *LGBT hate crime*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.-GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 266-277

MORAVIA A.-ECO U.-GATTI A.-GOZZANO M.-MUSATTI C.-BOMPIANI G., *Sotto il nome di plagio*, Bompiani, Milano 1969

MOSCOVICI S., *Psychologie sociale*, Paris, 1984, ed. it. a cura di ARDONE R., *Psicologia sociale*, Roma, 1996, p. 424

MOSSE G. L., *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*, Einaudi, Torino, 1997

MOSSO C. (a cura di), *Psicologia Sociale*, UTET, 2013

MÜLLER J.-STERNWEILER A., *Homosexuelle Männer im KZ Sachsenhausen*, Berlin, 2000

NEWCOMB T. M., *Sulla definizione di atteggiamento*, in WARREN N., JAHODA M., *Gli atteggiamenti*, Boringhieri, Torino, 1976, p. 29

NOBILE A., *Il pregiudizio. Natura, fonti e modalità di risoluzione*, La Scuola, 2014

NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (l. 24.2.2006 n. 85)*, in Leg. Pen., 2006, p. 3

NUSSBAUM M. C., *From Disgust to Humanity*, trad. it. DE PETRIS S. (a cura di), *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011

ODIHR, *Preventing and Responding to Hate Crimes*, Warsaw, 2009

PAGLIARULO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in Archivio Penale, 2014, n. 3, pp. 1-30

PASSAGLIA P., *Il Grande fratello non abita più qui: la Corte Suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*, in Foro Italiano, 2004, IV, pp. 42 e ss.

PAVICH G.-BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle proposte legislative e sulle possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014, p. 10

PEDONTE P., *Storia dell'omofobia*, Odoya, Bologna, 2011

PERRY B., *Exploring the community impacts of hate crime*, in HALL N.-CORB A.-GIANNASI P.- GRIVE J. G. D., *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London-New York, 2015, pp. 47-58

PERRY B., *In the name of hate: Understanding hate crimes*, Routledge, New York-London, 2001

PERRY B., *Where do we go from here? Researching hate crime*, in *Internet Journal of Criminology*, 2003, pp. 1-59

PERRY B., *The Sociology of Hate: Theoretical Approaches*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 55-75

PERRY B.-ALVI S., *'We are all vulnerable': the in terrorem effects of hate crimes*, in *International Review of Victimology*, 2011, 18 (I), pp. 57-71

PHILLIPS N. D., *The Prosecution of Hate Crimes. The Limitations of the Hate Crime Typology*, in *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24, n. 5, 2009, pp. 883-905

PICCONE STELLA S., SARACENO C. (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996

PINI A., *Quando eravamo froci. Gli omosessuali nell'Italia di una volta*, Il Saggiatore, Milano, 2011

PINKER S., *The Sexual Paradox. Men, Women and the Real Gender Gap*, Milano, 2008, trad. it. a cura di LUPI G., *Il paradosso dei sessi. Uomini, donne e il vero scarto fra i generi*, Einaudi Torino, 2009

PLUMER K., voce *"identità"*, in JEDLOWSKI P. (a cura di), *Dizionario delle scienze sociali*, Il Saggiatore, Milano, 1997, pp. 327-328

PREARO M. (a cura di), *Politiche dell'orgoglio, Sessualità, soggettività e movimenti sociali*, Pisa, 2015

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2013

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in RIDPP, 2006, p. 64 ss.

PULITANÒ D., *Riforma dei reati d'opinione?*, in Corriere Giur., 2006, 6, pp. 745-746

PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011

PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2015

PULITANÒ D., voce “*Offensività del reato (principio di)*”, in *Enciclopedia del diritto*, annali VIII, Giuffrè, pp. 665-685

PYTELL T., *Weighing Genocide*, in PERRY B., *Hate Crimes*, Vol. 1, Praeger, 2009, pp. 205-220

REICHARD M., *Die Behandlung fremdfeindlicher Straftaten im deutschen Strafrecht*, Hamburg, 2009

RENGIER R., *Strafrecht Besonderer Teil II*, Beck, München, 16. Auflage, 2015

RICCARDI G., *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. Trim.*, 3/2013, pp. 84-122

ROHRBEN B., *Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB)*, Berlin, 2009

ROMBOLI R., *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alle coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, fasc. 2, p. 1629-1642

ROSENBERG D.- HOVLAND C. I., *Cognitive, affective and behavioural components of attitude*, in ROSENBERG D.- HOVLAND C. I.-MCGUIRE W. J.- ABELSON R. P.- BREHM J. W. (a cura di), *Attitude organization and change: An analysis of consistency among attitude components*, New Haven, 1960

ROXIN K., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffr , Milano, 2006, vol. I, pp. 715-737

RUBIN G., *The Traffic in Women*, 1975

SARTORI F., *Differenze e disuguaglianze di genere*, Il Mulino, Bologna, 2009

SCHOLZ, Art. 9, in: MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, Band 1, SS. 116 ff.

SEEHAFER S., *Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/ fremdfeindlich motivierte Gewalttaten – Das amerikanische „hate crime“ Konzept und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem*, Berlin, 2003

SIEBER U., *Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, in SIEBER U.-ALBRECHT H. J., *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck*, Freiburg im Breisgau, 2006, pp. 78-130

SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007

SMITH E. R.- FAZIO R. H.- CEJKA M.A., *Accessible attitudes influence categorization of multiply categorizable objects*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1996, 71, pp. 888-898

SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in RIDPP, 2007, pp. 689-738

STANGOR C., CRANDALL C. S., *Stereotyping and Prejudice*, Psychology Press, New York and London, 2013

STARCK C., Art. 3, Abs. 3, in: V. MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 5. Auflage

STERNBERG/LIEBEN, § 130, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage

STRANGOR C., *Stereotypes and Prejudices*, Psychology Press, New York and London, 1996

STREINZ R., Art. 21 Abs. 2, in: v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Auflage, Band 2, Rn. 212

STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in: KÜPER W. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lacker zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, SS. 501-526

TAJFEL H.- TURNER G. C., *An integrative theory of intergroup conflict. The social identity theory of intergroup behaviour*, in AUSTIN W. G.- WORCHEL S. (a cura di), *The social psychology of intergroup relations*, Monterey, 1979, pp. 33-47

TAJFEL H., *Gruppi umani e categorie sociali*, Il Mulino, 1985

TAJFEL H.-BILLIG M.-BUNDY R.-FLAMENT C., *Social categorization and intergroup behaviour*, in *European Journal of Social Psychology*, 1971, 1, pp. 149-178

THEUNE W., § 46, in *Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch*, Band 2, Berlin, 11. Auflage, 2005

TILEAGĂ C., *The Natur of Prejudice. Society, discrimination and moral exclusion*, Routledge, London and New York, 2016

TRAPPOLIN L., MOTTERLE T., *One Step Beyound: Researching Homophobia in Italian Society*, in TRAPPOLIN L., GASPARINI A., WINTERMUTE R. (a cura di), *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Hart Publishing, 2012, p. 21

VEDASCHI A., *Il principio personalista*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 274

VILLANO P., *Pregiudizi e stereotipi*, Carocci, 2003

VIVIANI A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013

VOLPATO C., *Psicosociologia del maschilismo*, Laterza, Roma, 2013

WALTERS M. A., *Hate Crimes and Restorative Justice*, Oxford, 2014

WEHINGER M., *Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung*, Nomos, Baden-Baden, 1994

WEINBERG G., *Society and the Healthy Homosexual*, St. Martin's Press, New York, 1972

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

RINGRAZIAMENTI

Il presente lavoro è il frutto di oltre tre anni di intenso e vivace confronto non solo con fonti cartacee o elettroniche ma altresì e soprattutto con persone fisiche che, oltre ad essermi state umanamente molto vicine, mi hanno fortemente stimolato dal punto di vista intellettuale, discutendo con me del tema della mia ricerca ciascuno dalla propria prospettive ed orientandomi nell'esplorazione di percorsi a me talvolta completamente ignoti. Il risultato è stato un percorso argomentativo che ha potuto attingere a numerosi contributi riferibili ad una pluralità di saperi, non soltanto strettamente giuridici ma altresì extragiuridici.

In primo luogo è doveroso ringraziare la prof.ssa Claudia Pecorella per la sua sempre incondizionata disponibilità oltre che per aver creduto nel mio progetto e per la paziente tolleranza dei miei indugi e delle mie tempistiche. Un sentito grazie esprimo alla prof.ssa Margherita Ramajoli che mi ha spronato a valorizzare la mia conoscenza e passione per la lingua tedesca per l'acquisizione del titolo di "*doctor europeus*". Un particolare ringraziamento va anche al prof. Giovanni Chiodi per il tempo dedicatomi a discorrere degli aspetti storici della mia ricerca.

Riconoscenza esprimo, poi, ai professori, amici e colleghi con cui sono entrato in contatto durante il soggiorno di studi presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Freiburg im Breisgau, anzitutto alla Prof.ssa Johanna Rinceanu ed alla dott.ssa Konstanze Jarvers per la calorosa accoglienza e per la costante prontezza a fornire indicazioni di ricerca, nonché – senza alcuna pretesa di completezza – ai colleghi dott. Mattia Celva, dott.ssa Francesca Manfredi, dott.ssa Benedetta Bertolini, dott. Federico Donelli, dott. Giuseppe Alesci e dott. Antonio Menna.

Un ringraziamento speciale va, ancora, alla prof.ssa Rita Haverkamp della *Stiftungsprofessur für Kriminalprävention und Risikomanagement* per la squisita ospitalità ed il tempo dedicatomi durante il mio soggiorno di ricerca presso la *Eberhard Karls Universität* di Tübingen, nonché alla sue valenti ed efficientissime collaboratrici dott.ssa Julia Reichenbacher, dott.ssa Meike Hecker, dott.ssa Lena Vogeler e dott.ssa Ines Hohendorf. Ancora

riconoscenza esprimo al collega dott. Martin Lindner per le numerose e stimolanti conversazioni sul confronto tra diritto tedesco ed italiano che mi hanno grandemente arricchito, nonché alla dott.ssa Esther Earbin per gli affascinanti dialoghi intrattenuti presso l'Università di Tübingen sul diritto penale sostanziale e processuale statunitense.

Uno speciale riconoscimento sento di dover tributare alla dott.ssa Lara Ferla ed al dott. Federico Bacco per i preziosi insegnamenti, consigli e critiche nonché per la loro smisurata disponibilità ed il loro fraterno affetto dimostratomi fin dal primo giorno in cui ci siamo conosciuti.

Un sentito ringraziamento agli amici e ricercatori dott.ssa Oriana Binik e dott. Lorenzo Natali, per il tempo dedicato all'ascolto delle mie riflessioni ed per gli innumerevoli spunti offerti in ordine agli aspetti criminologici, sociologici e psicosociologici della mia ricerca.

Voglio esprimere, inoltre, un affettuoso grazie a quella che considero la mia "famiglia accademica", quei dottorandi e ricercatori dell'Università di Milano Bicocca che dal primo giorno in cui sono entrato a far parte della Scuola di Dottorato hanno contribuito a rendere unica questa mia esperienza formativa dal punto di vista sia umano che professionale, offrendomi quotidianamente la possibilità di riflettere su questioni afferenti a numerose branche del diritto oltre che di condividere esperienze che hanno cementato un forte spirito di umana collaborazione e solidarietà. Senza pretesa di completezza il mio ringraziamento è rivolto, in particolare, ai colleghi dott. Carmine Guerra, dott. Lorenzo Colangelo, dott.ssa Francesca Tomasoni, dott. Alessandro Semprini, dott. Alessandro Agri, dott.ssa Maria Carla Daga, dott. Alessandro Ottolina, dott. Vincenzo Ruggiero, dott. Stefano Pellegatta, dott. Giacomo Cardaci ed il trio di vivaci internazionalisti dott. Vittorio Corasaniti, dott.ssa Elena Carpanelli e dott. Luca Gervasoni.

Da ultimo, ma non ultimo, uno speciale ringraziamento va a papà che dal primo giorno dei miei studi universitari mi ha immerso nella realtà e concretezza del diritto, trasmettendomi quel metodo che tutt'oggi mi accompagna, nella professione così come nella ricerca.