

Prof. Avv. Marilisa D'Amico

Audizione presso la Camera dei Deputati,

Commissione Giustizia

Mercoledì 26 gennaio 2011

PROPOSTA DI TESTO UNIFICATO DEL RELATORE, ON. CONCIA

Norme per il contrasto dell'omofobia e transfobia

C. 2802 Soro e C. 2807 Di Pietro.

SOMMARIO: 1. Il fondamento costituzionale delle norme per il contrasto dell'omofobia e transfobia. 2. L'aggravante consente di superare il problema dei reati di opinione. 3. La selezione di delitti cui accede l'aggravante. 4. Il principio costituzionale di determinatezza della legge penale è rispettato. 5. La sottrazione della aggravante al giudizio di bilanciamento delle circostanze. 6. La subordinazione dell'applicazione della sospensione della pena allo svolgimento di lavoro di pubblica utilità non retribuita in favore di enti o associazioni che hanno lo scopo di tutelare le persone omosessuali o transessuali contro le discriminazioni. 7. Conclusioni.

1. Il fondamento costituzionale delle norme per il contrasto dell'omofobia e transfobia

Con le norme in commento si mira a introdurre un aumento di pena e dunque una circostanza aggravante per i delitti indicati, "commessi in ragione della omosessualità o transessualità della persona offesa".

Le ragioni di questa proposta trovano il loro fondamento nella considerazione della funzione stessa dell'ordinamento penale, nel quadro della Costituzione.

Tutte le volte che nell'ordinamento ci si accinge a ricorrere allo strumento penale, occorre avere molta attenzione: nel nostro "Stato [...] – laico, secolarizzato, pluralista, nel quale tutti i poteri dello stato derivano dal popolo- il legislatore *non*

può fare ricorso alla pena per *fini trascendenti o etici*: la pena non può essere strumento di redistribuzione, non può essere finalizzata ad affermare un'idea superiore di giustizia, retribuendo il male del reato con un male equivalente; conseguentemente, la pena non può reprimere un comportamento solo perché ritenuto riprovevole da questo o quel codice etico”¹

In virtù del principio di sussidiarietà, inoltre, il ricorso al diritto penale deve essere *extrema ratio*. Deve costituire un mezzo di tutela di una lesione o di un pericolo per un bene giuridico cui ricorrere solo quando ogni altro strumento si dimostri insufficiente. Occorre quindi, nel caso che qui interessa, dare risposta ai seguenti interrogativi: lo strumento penale è necessario? E, inoltre, lo strumento penale sarà veramente efficace? Una volta poi che si sia stabilito che lo strumento penale è necessario e efficace, si può ritenere che il ricorso ad esso si fondi sulla tutela di valori costituzionali?

Come ha chiarito il Giudice delle Leggi, “il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi [...] a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno ‘importanti’, per l’ordinato vivere sociale.”²

L’intervento del legislatore penale deve quindi essere necessario, dovendo giustificarsi il ricorso alla pena sulla base dell’assenza o dell’insufficienza delle sanzioni *extra*-penali.

Inoltre, l’intervento del legislatore deve conciliarsi con la tutela di valori e principi costituzionali. Deve quindi essere operato un giusto bilanciamento fra tutela penale e necessaria difesa dei principi costituzionali.

Nel caso che qui interessa, vengono in rilievo gli artt. 2 e 3 Cost. Rispetto a tali disposizioni, è intervenuta da ultimo a chiarire la portata dei valori ad essi sottesi la Corte costituzionale che, nell’ambito del giudizio inerente al matrimonio fra persone dello stesso genere, ha ricordato come l’art. 2 Cost. disponga che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Poiché per formazione sociale deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a

¹ G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 2009, 5.

² Corte cost., sent. n. 487 del 1989.

consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”, occorre ricomprendere nella medesima nozione anche l’unione omosessuale. Quest’ultima va intesa come “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

Il Giudice delle Leggi ha ritenuto che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetti innanzitutto al Parlamento, sulla base della sua piena discrezionalità, di individuare le garanzie e il riconoscimento per tali formazioni sociali, “restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.”³

Con riferimento, invece, al transessualismo, si possono qui ricordare le pronunce in materia, che pongono in rilievo come, ancora una volta, l’intervento del legislatore si sia reso necessario a seguito dell’intervento del Giudice delle Leggi. Se in un primo momento⁴ la Corte aveva negato il diritto alla rettificazione del sesso, demandando al legislatore il compito di predisporre una disciplina specifica, successivamente⁵ alla promulgazione della legge n. 164 del 1982 la Corte costituzionale ha avuto modo di tornare a pronunciarsi sul tema, prendendo atto della portata dell’intervento legislativo⁶. Tale legge viene collocata dalla Corte “nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”, con una impostazione di principio a cui dobbiamo fare riferimento per una valutazione della disciplina in esame.

³ Corte cost., sent. n. 138 del 2010.

⁴ Corte cost., sent. n. 98 del 1979.

⁵ Corte cost., sent. n. 161 del 1985.

⁶ Su tali aspetti si vedano S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell’uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1178 ss., e B. Liberali, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La «società naturale» e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 207 ss.

La presente proposta di legge, come si vedrà più avanti, pare porsi perfettamente in linea con le pronunce della Corte costituzionale e, in particolare, con la sent. n. 138 del 2010, poiché pone una tutela effettiva a garanzia del pieno sviluppo della persona, che comprende anche quello del proprio orientamento sessuale.

2. L'aggravante consente di superare il problema dei reati di opinione.

Nel ddl recante *Norme per il contrasto dell'omofobia e transfobia* le norme centrali sono costruite attraverso il ricorso al “meccanismo” dell'aggravante, che accede al reato principale.

Si prevede, in altre parole, una tutela penale *rafforzata*, quando certe categorie di soggetti, ritenuti “deboli”, sono, nella rappresentazione dell'agente, vittime di certi delitti⁷, selezionati dal legislatore, in base al bene giuridico tutelato (la vita, l'incolumità fisica, l'onore, la personalità individuale, ecc.; sulla ragionevolezza nell'individuazione dei reati base si tornerà nel prossimo paragrafo).

La componente prevalente tra le varie finalità del legislatore è quella della “prevenzione generale”, poiché si punisce più gravemente chi ha commesso il reato “in ragione” dell'omosessualità e transessualità, indipendentemente dall'effettivo orientamento sessuale della vittima. Il fine perseguito è, più precisamente, quello di prevenire il compimento di reati contro la persona, che siano, per così dire, “sessualmente orientati” e, indirettamente, quello di proteggere le vittime, discriminate in quanto “qualificate”, nella mente dell'agente, da un certo orientamento sessuale.

Scelta di politica criminale, in parte analoga, volta a tutelare in modo più energico categorie di soggetti ritenute deboli dal legislatore, si ritrova nel reato di violenza sessuale, quando la vittima sia minorenne o sottoposta a restrizione della libertà personale (cfr. art. 609 *ter*, n. 1), c.p.); inoltre, nei reati di prostituzione

⁷ In tema v. E. Dolcini, *Vittime vulnerabili nell'Italia di oggi e 'durata determinata' del processo penale*, in www.statoechiese.it, dicembre 2009.

minorile, pornografia minorile o riduzione in schiavitù, se il fatto è commesso ai danni di un minore degli anni 14 (art. 600 *sexies*, comma 1, c.p.).

In questi casi, tuttavia, è richiesto, per l'applicazione dell'aggravante, che la qualità della vittima (età) sussista *oggettivamente*, mentre non è determinante che costituisca la ragione che ha mosso l'autore del reato.

Da questa angolazione più simile al ddl, invece, è l'aggravante dell'art. 61 c.p., n. 1), "l'aver agito per motivi abietti o futili". Infatti, in quel caso l'aggravante si applica esclusivamente tenendo conto dei motivi che hanno mosso l'agente e non vale a impedirne l'applicazione l'oggettiva esistenza della futilità degli stessi motivi.

Ciò chiarito, la scelta di procedere attraverso l'aggravante, anziché un reato autonomo, quale è quello di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (cfr. la proposta di legge C. 2807 Di Pietro)⁸, pare del tutto appropriata su di un piano costituzionale, perché rimuove *in radice* il rischio di scivolare sul delicato terreno dei reati di opinione e, dunque, di introdurre nell'ordinamento illegittime violazioni della libertà di manifestazione del pensiero. È vero che i reati di opinione sono stati oggetto di una recente riforma, compiuta nel 2006, che ne ha smussato molti profili problematici (l. n. 85/2006); tuttavia occorre ricordare che la libertà di manifestazione del pensiero e i principi costituzionali di offensività⁹ e di determinatezza delle norme penali sono sempre messi a rischio delle norme che puniscono, come avverrebbe nel caso in esame, chi "propaganda idee", ovvero "istiga a commettere" certe condotte¹⁰.

Su di un piano dei fatti, si osservi che, proprio per questa tensione di fondo, le fattispecie penali dei reati di opinione sono applicate dai giudici con prudenza (e, in particolare, ciò accade proprio per la legge Mancino, in cui verrebbe inserita la novella proposta col ddl C 2087 Di Pietro)¹¹. Anche per quest'ultima constatazione,

⁸ Cfr. la fattispecie del reato di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi previsto dall'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, così come modificato dalla cosiddetta legge Mancino (decreto-legge n. 122 del 1993, convertito dalla legge n. 205 del 1993). Sui reati di opinione cfr., come significativa degli ultimi anni, la sent. n. 214 del 2003 della Corte costituzionale.

⁹In astratto: la pena può essere prevista solo se è posta a tutela di un bene giuridico, il legislatore è tenuto a rispettarlo; in concreto, il giudice può irrogare la pena solo se ha verificato che nella fattispecie il bene giuridico è stato offeso.

¹⁰ Mette in evidenza i problemi dei reati di opinione, rimasti in parte irrisolti con la riforma del 2006, A. Spina, *Libertà di espressione reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 2-3, 689 ss.

¹¹ Cfr. M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, par. 6.

sembra più efficace l'intervento attraverso l'aggravante, che inasprisce la pena per un fatto, commesso dall'agente, di per sé lesivo di un bene giuridico.

A questo riguardo, occorre ricordare, infine, che le qualità fisiche o psichiche della persona offesa rientrano, ai sensi dell'art. 60 c.p., III comma¹², tra le circostanze che si applicano a carico dell'agente anche nel caso di errore. Di conseguenza, potrebbe profilarsi un problema rispetto al principio di offensività, se si ponesse l'accento esclusivamente sulla circostanza che la pena dipende dalle finalità soggettive dell'agente¹³. Tuttavia, si noti che l'agente non è punito solo per un "pensiero" (il disprezzo per l'orientamento sessuale altrui), ma per una condotta, di per sé lesiva di un bene giuridico, che viene aggravata qualora siano provati i motivi legati all'orientamento sessuale. Insomma, non si è puniti per un'opinione (si torna ancora al rilievo iniziale), ma per aver commesso un reato autonomo, la cui pena è semplicemente aggravata in ragione del fatto che è stata determinata da un atteggiamento discriminatorio verso l'orientamento sessuale (vero o presunto che sia) della vittima. L'elemento soggettivo, in questo caso, è valutato ai fini della determinazione di una pena più intensa, come avviene ordinariamente nel diritto penale (basti pensare, ancora, all'aggravante dei futili motivi, dell'art. 61 c.p., n. 1), all'art. 133 c.p., secondo cui la pena può essere commisurata a seconda dell'intensità del dolo o del grado della colpa o dei motivi a delinquere).

Dunque, problemi dovuti al carattere soggettivo dell'aggravante, potranno presentarsi, ma solo su di un piano probatorio, poiché potrebbe risultare difficile, a seconda dei fatti, ricostruire i motivi che hanno determinato l'agente. Il giudice del caso singolo, come è naturale che sia, deve dunque farsi garante del rispetto dei principi di offensività in concreto¹⁴, mentre da un punto di vista di legittimità costituzionale non sembrano profilarsi problemi.

In conclusione, il ricorso all'aggravante sembra la scelta migliore che consente di evitare il ricorso alla pena quale strumento simbolico e inefficace. In astratto e in un momento successivo comunque nulla esclude che si possa pensare di introdurre una autonoma fattispecie di reato, con tutte le difficoltà, però, che si sono appena evidenziate.

¹² (Errore sulla persona offesa).

¹³ Non può essere applicata naturalmente, invece, se l'agente commette inconsapevolmente reato ai danni di un soggetto omosessuale o transessuale.

¹⁴ Es. sent. n. 265 del 2005.

3. La selezione di delitti cui accede l'aggravante.

Particolarmente significativa è, inoltre, la scelta di non prevedere un'aggravante comune, da aggiungere all'elenco dell'art. 61 c.p., ma un'aggravante da applicare solo a certi reati base: ai delitti contro la vita e l'incolumità individuale, ai delitti contro l'onore, ai delitti contro la personalità individuale, ai delitti contro la libertà personale, ai delitti contro la libertà morale e ai delitti contro l'inviolabilità del domicilio sia manifestamente irragionevole.

L'esigenza di limitare l'aggravante ai delitti indicati, sembra riconducibile all'idea di fondo di tutelare categorie di soggetti più deboli, quando sono lese nella loro persona (vita, incolumità individuale) o nell'esercizio di diritti riconducibili alla loro sfera personale (gli altri casi) e non ad altre sfere, come ad esempio quella patrimoniale.

Questa scelta, relativa al trattamento sanzionatorio, pur insolita (cfr. diversamente l'art. 61 c.p., n. 10, prevede un aumento di pena se la vittima è un pubblico ufficiale, ad esempio), non sembra comportare problemi al rispetto del principio di ragionevolezza.

Prima di tutto si ricordi che, in materia penale, l'art. 25 Cost. riserva in modo assoluto al legislatore le scelte di politica criminale e che lo spazio di discrezionalità del Parlamento nel determinare un trattamento sanzionatorio può essere limitato solo in presenza di norme penali manifestamente irragionevoli (come risulta da un monolitico orientamento della Corte costituzionale, su cui cfr. *ex plurimis* la sent. n. 250 del 2010, che dichiara inammissibili e non fondate le questioni sul reato di soggiorno e ingresso illegale nel territorio dello stato)¹⁵. Non pare sussistere una manifesta irragionevolezza nel caso di specie, in cui vi è un indubbio collegamento tra bene giuridico tutelato (persona o diritto ad una libertà nella sfera personale) e aggravante, posto che l'omosessualità e la transessualità attengono alla sfera più

¹⁵ Sul sindacato della Corte in materia penale e sul *self restraint* del giudice costituzionale dinanzi alla riserva di legge si rinvia a M. D'Amico, *Relazione introduttiva. Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, 1 ss.

intima della persona. Di conseguenza, non sembra prefigurabile una incongruità manifesta tra mezzi e fini perseguiti dalle norme penali in questione.

In altre parole, il legame con la sfera personale della vittima è un aspetto che accomuna tutte le categorie di delitti indicati dal disegno di legge e che da cui si evince che l'aggravante risponde alla logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati - base¹⁶.

Se si prende, invece, in esame un delitto contro il patrimonio (es. il furto), la condotta, pur discriminatoria, di chi agisce in ragione dell'orientamento sessuale della vittima non è più gravemente lesiva del bene giuridico protetto, il patrimonio (in Francia invece le pene sono aggravate anche per i reati contro il patrimonio).

Ciò sembra sufficiente a rendere la scelta del disegno di legge, lo si ribadisce, non manifestamente irragionevole, anzi in linea con il ricorso alla pena solo se necessario.

Inoltre, può essere utile ricordare che la Corte costituzionale non potrebbe estendere l'aggravante ad altri tipi di reati, posto che, così operando, si sostituirebbe al legislatore, nelle scelte di politica criminale esclusivamente riservategli dall'art. 25 Cost.

La Corte potrebbe invece, a tutto concedere, annullare l'aggravante in questione, se si presentasse una norma penale "omogenea" a quella che punisce uno dei delitti ricompresi nella selezione del legislatore, che invece non vede operare l'aumento di pena, dando adito così ad un'ingiustificata disparità di trattamento.

Dunque, la scelta di estendere l'aggravante ad altri delitti deve essere attentamente vagliata dal Parlamento con un'indagine, di stretto diritto penale, sulle categorie di delitti presenti anche nella legislazione speciale, per appurare se non siano state trascurate altre ipotesi cui far accedere l'aggravante.

Da un punto di vista di tecnica della legislazione, i delitti paiono individuati in modo chiaro, attraverso il richiamo ai Capi del codice penale. Per ragioni di

¹⁶ Cui la Corte costituzionale ha fatto riferimento nella sent. n. 249 del 2010, sulla c.d. aggravante di clandestinità, dichiarata incostituzionale perché considerata espressione di un diritto penale d'autore.

maggior chiarezza si è ritenuto di dover ripetere l'inciso relativo all'aggravante nelle due disposizioni.

4. Il principio costituzionale di determinatezza della legge penale è rispettato

Non pongono problemi, rispetto ai principi di tassatività e determinatezza del diritto penale, le espressioni “omosessuale” e “transessuale”, poiché richiamano a termini presi dal linguaggio comunemente usato con un significato senza dubbio univoco e preciso.

La Corte costituzionale, che oltretutto ha elaborato una giurisprudenza molto prudente, ritiene determinate le norme penali che (come è fisiologico e naturale che sia) fanno riferimento a termini non necessariamente tecnici.

Secondo la massima ripetuta dalla Corte:

“Non può infatti essere imposto al legislatore il medesimo coefficiente di specificazione di ogni singolo elemento del reato, nè può essere certamente escluso a priori il ricorso ad espressioni indicative di comuni esperienze o a termini presi dal linguaggio comunemente usato (sentt. n. 31 del 1995, n. 122 del 1993, n. 475 del 1988, n. 79 del 1982), se la descrizione complessiva del fatto-reato consente al giudice una operazione ermeneutica non esorbitante dall'ordinario compito interpretativo a lui affidato (ex plurimis, sentt. n. 203 del 1991, n. 475 del 1988, n. 49 del 1980, n. 188 del 1975, n. 20 del 1974, n. 133 del 1973); il che consente, in via di principio, il ricorso a figure di reati cosiddetti a forma libera, o l'inserimento di elementi normativi o di clausole generali nelle fattispecie penali” (sent. n. 34 del 1995)¹⁷

A questo punto, è indispensabile valorizzare la scelta, operata nel ddl, di restringere l'aggravante solo ad alcune discriminazioni, tra tutte quelle possibili per il fattore “orientamento sessuale”.

¹⁷ Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza v. M. D'Amico, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, I, 315 ss.

L'esigenza di tutela è in linea, come si è già ricordato, con l'affermazione relevantissima, per lo stato di diritto, espressa nella recente sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, dove si afferma che nella nozione di formazione sociale, tutelata dall'art. 2 Cost. (norma cardine sui diritti inviolabili garantiti dalla Repubblica) "è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

Pare fondamentale porre in risalto l'importanza del "diritto di vivere liberamente una condizione di coppia", proclamato dalla Corte, perché sembra proprio questo il fine perseguito dal legislatore con l'aggravante.

Per questo, prive di fondamento appaiono le eventuali preoccupazioni per l'introduzione di discriminazioni verso gli eterosessuali, sprovvisti dell'aggravante qualora vittime dei reati elencati nel ddl per il loro orientamento sessuale. Alla luce di quanto rilevato, infatti, questo è un falso problema, dato lo scopo perseguito in modo molto chiaro dalla legge.

La preoccupazione è superabile, a maggior ragione se si ricorda che l'art. 25 Cost. riserva al legislatore uno spazio di discrezionalità per l'esercizio delle scelte di politica criminale limitato solo dalla manifesta irragionevolezza. Difficilmente, dunque, la Corte costituzionale si addentrerebbe in un giudizio di merito sulla violazione dell'art. 3 Cost.

A fronte di questa eventuale obiezione, che potrebbe essere avanzata da chi avverta una sensibilità più spiccata verso il rispetto del principio di uguaglianza in senso formale, si potrebbe pensare di modificare il disegno di legge, prevedendo l'aggravante quando i delitti siano commessi "in ragione dell'orientamento sessuale della vittima".

In questo caso, dunque, anche gli eterosessuali si vedrebbero attribuita protezione.

Non si può non rilevare però come tale intervento modificativo "snaturerebbe" in modo assoluto il fine perseguito e dunque la ratio sottesa alla scelta del legislatore. L'espressione "orientamento sessuale" è infatti

onnicomprensiva, sebbene il riferimento all'“orientamento sessuale” si riscontri, come si evince da un'analisi comparata a livello europeo, anche nella legislazione di molti altri paesi (cfr. la Francia, il Belgio, il Portogallo, la Spagna, mentre diverso pare l'approccio del Regno Unito, che, pur molto interessante, tuttavia va ricordato ha, anche in materia penale, radici molto lontane dalla tradizione giuridica continentale) e anche nel diritto dell'Unione europea, che indirizza in modo sempre più incisivo verso la protezione da discriminazioni legate a questo fattore.

Si consideri inoltre, che l'espressione “orientamento sessuale” era stata ritenuta indeterminata nella seduta del 13 ottobre 2009, tra gli altri, dall'on. Vietti, in ragione di un equivoco, che può essere facilmente superato. In quel momento, l'intenzione del legislatore era quella di proteggere solo le categorie degli omosessuali e dei transessuali e ciò comportava uno scarto tra volontà del legislatore e significato della lettera della legge, recante il termine “orientamento sessuale”, che dava adito a problemi di determinatezza del testo.

Tuttavia, una volta che il legislatore, come in questo caso, voglia punire in modo più severo le condotte poste in essere in ragione dell'orientamento sessuale omosessuale e della condizione di transessuale della vittima, occorre che si faccia espresso riferimento a questi termini, superandosi così anche i problemi di determinatezza (in relazione al principio di determinatezza si rimanda a quanto ricostruito sopra)¹⁸. In tal modo viene rispettato il principio di precisione della norma, attraverso una precisa selezione dei comportamenti che si intendono.

5. La sottrazione della aggravante al giudizio di bilanciamento delle circostanze

Rispetto alla sottrazione della nuova circostanza al giudizio di bilanciamento delle circostanze, ci si limita ad osservare che non paiono profilarsi profili di legittimità costituzionale, poiché residuano spazi perché il giudice possa adattare la pena, tra un minimo e un massimo, al caso concreto.

¹⁸ In tema di determinatezza della legge penale v. per tutti G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, cit.

Inoltre, il giudice può decidere ugualmente di non irrogare l'aggravante, come ha affermato la Corte costituzionale, nella sent. n. 38 del 1985, relativa al divieto di bilanciamento delle circostanze aggravanti con quelle attenuanti previsto dalla legislazione antiterrorismo.

Il limite invalicabile, nei casi in cui si interviene sulla pena, irrigidendo i margini di adattamento della pena, è infatti quello di eliminazione di qualunque spazio per una commisurazione della pena alla fattispecie concreta, da parte del giudice. Semplificando, per la Corte costituzionale sono le pene fisse a porsi in contrasto col principio di rieducazione della pena e di eguaglianza (in tema cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 1980).

Da un punto di vista fattuale, la scelta di vietare il bilanciamento con le circostanze attenuanti pare del tutto corretta, perché consente di evitare che la novella legislativa sia posta nel nulla attraverso un'applicazione indulgente da parte dei giudici, che ricorrono, per consolidata giurisprudenza, ad un uso disinvolto del bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti.

Identica limitazione del bilanciamento delle circostanze, inoltre, è già conosciuta per i reati di prostituzione minorile, per fare un esempio¹⁹.

6. La subordinazione dell'applicazione della sospensione della pena allo svolgimento di lavoro di pubblica utilità non retribuita in favore di enti o associazioni che hanno lo scopo di tutelare le persone omosessuali o transessuali contro le discriminazioni.

La subordinazione dell'applicazione della sospensione della pena allo svolgimento di lavoro di pubblica utilità non pare porre problemi di legittimità costituzionale, anzi rispecchia appieno il principio costituzionale di rieducazione della pena (art. 27 Cost.). Inoltre, la subordinazione della sospensione a questo tipo di attività può essere ordinata dal giudice "*se il condannato non si oppone*", come è previsto, secondo il disposto, di carattere generale, dell'art. 165 c.p., comma 1 (la

¹⁹ Art. 600 *sexies*, u.c.

sospensione condizionale della penale può essere subordinata, se il candidato non si oppone, alla prestazione di attività retribuita a favore della collettività).

Tale scelta appare quindi del tutto “laica”, poiché non si intende educare a tutti i costi e si rispetta comunque la posizione dell’agente.

7. Conclusioni.

In conclusione occorre osservare come lo strumento prescelto sia l’ipotesi migliore che consente di tutelare, sul piano della prevenzione generale e speciale, le persone omosessuali e transessuali da una serie di delitti motivati in ragione della loro cd. “diversità”. Si tratta di una scelta orientata a un diritto penale laico e minimo.

Non si introduce infatti un reato di opinione e si colpiscono con l’aggravante solo certe categorie di reati legati alle persone, nel rispetto della necessità di introdurre una pena efficace, del principio di ragionevolezza e dell’uso del diritto penale come *extrema ratio*, nonché del principio di precisione. Il condannato poi è chiamato a misurarsi con una realtà che ha offeso, “solo se lo consente”, nel momento in cui si prevede che presti attività non retribuita a favore di enti o associazioni che tutelano gli omosessuali e i transessuali contro le discriminazioni.