

# GenIUS

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

MICOL FERRARIO

Sui discorsi d'odio omofobi.  
Il caso della Svizzera in prospettiva comparata

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*3 gennaio 2025*

# Sui discorsi d'odio omofobi. Il caso della Svizzera in prospettiva comparata

## Sommario

1. Introduzione. – 2. La criminalizzazione dei discorsi d'odio omofobi in prospettiva comparata. – 3. I discorsi d'odio omofobi in Svizzera: la modifica dell'art. 261bis del Codice penale svizzero. – 4. La sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero. – 5. Riflessioni conclusive.

## Abstract

Il presente contributo offre un'analisi comparata di alcune delle più significative riforme sui discorsi d'odio omofobi e, attraverso l'approfondimento del caso svizzero, mette in evidenza la necessità di riconoscere una tutela anche contro gli atti perpetrati in base all'identità di genere. Dopo avere esaminato le legislazioni sui discorsi d'odio omofobi vigenti in alcuni Stati del Consiglio d'Europa, l'articolo si concentra sulla Svizzera ove, nel 2020, è stata estesa la portata dell'art. 261bis del Codice penale agli atti di discriminazione e incitamento all'odio perpetrati in forza dell'orientamento sessuale. Il Tribunale federale ha per la prima volta applicato questa fattispecie nella sentenza 6B\_1323/2023, dalla cui analisi si evince la necessità di dovere provvedere una tutela anche per le persone transgender e intersex.

*This article offers a comparative insight on some of the most meaningful revisions on homophobic hate speech and through the Swiss case study underlines the need to acknowledge a protection also against the violations grounded on gender identity. After the examination of the legislations on homophobic hate speech applied in some Member States of the Council of Europe, the paper focuses on Switzerland where, in 2020, the scope of art. 261bis of the Swiss Criminal Code has been extended to the acts of discrimination and incitement to hatred based on sexual orientation. The Swiss Federal Tribunal convicted for the first time a person for this offence in judgment 6B\_1323/2023, whose analysis brings out the need to provide a protection also for transgender and intersex people.*

## 1. Introduzione

Le leggi concernenti l'orientamento sessuale hanno subito, nel corso dei secoli, dei cambiamenti epocali.

---

\* Assegnista di ricerca, Università di Torino. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Invero, mentre nell'Antica Grecia l'omosessualità non era considerata reato<sup>1</sup>, in epoca imperiale – in concomitanza alla designazione del cristianesimo come unica religione ufficiale – essa ha iniziato ad essere perseguita penalmente in quanto crimine religioso. Più precisamente, nel 390 d.c., Teodosio I adottò una legge per punire con la pena del rogo tutti coloro che venivano scoperti commettere un atto omosessuale passivo<sup>2</sup>, mentre quelli attivi iniziano ad essere perseguiti con le *Novellae constitutiones* di Giustiniano del 538 d.c. e del 559 d.c.<sup>3</sup>. Durante tutto il Medioevo e fino ai tempi moderni gli atti omosessuali continuano ad essere puniti con il rogo in quanto considerati “contro natura”<sup>4</sup>. È soltanto a partire dalla fine del Settecento che la pena di morte viene progressivamente sostituita con altre sanzioni<sup>5</sup>, ma si deve aspettare fino alla fine dell'Ottocento<sup>6</sup> affinché l'omosessualità inizi ad essere decriminalizzata in alcuni Stati<sup>7</sup>.

Ad oggi, la maggior parte<sup>8</sup> degli Stati nel mondo ha oramai depenalizzato le relazioni tra persone dello stesso sesso e alcuni hanno anche iniziato ad intervenire attivamente adottando o modificando il proprio diritto nazionale con lo scopo di ridurre le discriminazioni in capo ad esse<sup>9</sup>. Esemplificative in questo senso sono, tra le altre, le riforme concernenti l'introduzione dell'unione civile o del matrimonio per le persone dello stesso sesso; quelle relative all'omogenitorialità; o, ancora, la penalizzazione dei discorsi d'odio omofobi. Definibili come qualsiasi atto con cui si incita e si incoraggia all'odio, alla violenza o alla discriminazione verso una persona o un gruppo di persone in base al suo/loro orientamento sessuale<sup>10</sup>, i discorsi d'odio omofobi sono stati negli ultimi anni crescente oggetto di incriminazione in diversi paesi del Consiglio d'Europa, tra cui la Svizzera.

Dopo un'analisi comparata di alcune delle riforme più significative concernenti i discorsi d'odio omofobi (§ 2.), il presente contributo si sofferma su quella promossa in Svizzera (§ 3). Nel proseguo, viene analizzata la sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero con cui una persona è stata per la prima volta condannata per incriminazione e incitamento all'odio in base all'orientamento ses-

1 E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano, Feltrinelli, 2022, pp. 21 ss.

2 J.-L. Adénor, T. De Rauglaudre, *Dieu est amour. Infiltrés parmi ceux qui veulent “guérir” les homosexuels*, Parigi, Editions Flammarion, 2019, p. 42.

3 E. Cantarella, *Secondo natura*, cit., pp. 232 ss.

4 L. Benadusi, *La storia dell'omosessualità maschile: linee di tendenza, spunti di riflessione e prospettive di ricerca*, in *Rivista di Sessuologia*, 2007, 1, p. 23.

5 M. D'Amico, *I diritti dei “diversi”. Saggio sulla omosessualità*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021, 6, p. 154.

6 E questo in concomitanza al fatto che il ruolo centrale della religione nella persecuzione dell'omosessualità viene progressivamente sostituito dalla scienza, nel senso che gli omosessuali da “peccatori” acquisiscono l'identità di “malati”, i cui “disagi” non dovevano più essere condannati, bensì “curati”. Un contributo interessante è offerto da J. Boswell, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Londra, The University of Chicago Press, 2015.

7 Tuttavia, in alcuni Stati come, ad esempio, la Francia, il reato di sodomia è stato abrogato già a partire dalla fine del Settecento: D. Borrillo, *La lutte contre les discriminations fondée sur l'orientation sexuelle en droit européen et français*, in *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 2005, 1, pp. 132 ss.

8 Secondo le stime offerte da ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*), al momento attuale le relazioni tra persone dello stesso sesso sono considerate illegali in 61 Stati membri delle Nazioni Unite: <https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts>.

9 H. Lau, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*, Leiden, Brill, 2018, pp. 2 ss.

10 P. Godzisz, *State Responses to Anti-LGBT Violence. Poland in a European Context*, Leicester, Palgrave Macmillan, 2024, p. 161. Sulla difficoltà di trovare una definizione condivisa di discorsi d'odio si veda: M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in questa *Rivista*, 2015, 1, pp. 56 ss.

suale (§ 4). Seguiranno in chiusura delle brevi riflessioni conclusive (§ 5).

## 2. La criminalizzazione dei discorsi d'odio omofobi in prospettiva comparata

La criminalizzazione dei discorsi d'odio omofobi occupa oramai da tempo un posto rilevante nell'agenda politica europea e in quelle nazionali<sup>11</sup>.

Ad esempio, il Consiglio d'Europa (d'ora innanzi, CdE) ha adottato una serie di atti per incentivare gli Stati membri ad attuare delle misure volte a vietare le manifestazioni d'odio nei confronti delle persone LGBTI. Dapprima, con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri 5/2010<sup>12</sup>, il CdE ha espressamente invitato gli Stati membri ad intervenire per proibire tutte quelle espressioni in grado di diffondere odio o altre forme di discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali. Poco dopo, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) ha adottato la Raccomandazione di politica generale 15/2015<sup>13</sup>, con cui gli Stati membri sono stati nuovamente incentivati a reprimere, tramite diverse misure (finanche di matrice penale), i discorsi d'odio fondati (tra gli altri) sull'orientamento sessuale. Di recente, il Comitato dei Ministri è nuovamente intervenuto con la Raccomandazione 16/2022<sup>14</sup> allo scopo di assistere gli Stati membri nella predisposizione di una serie di misure finalizzate alla prevenzione e al contrasto dei discorsi d'odio basati (tra gli altri) sull'orientamento sessuale.

Anche in seno all'Unione europea sono stati redatti diversi documenti con cui gli Stati membri sono stati esortati ad intervenire per criminalizzare i discorsi d'odio omofobi. In un primo momento, con la Risoluzione del 24 maggio 2012<sup>15</sup>, il Parlamento europeo ha espressamente condannato tutte le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e ha invitato gli Stati membri a garantire un'adeguata protezione a livello nazionale dai discorsi d'odio omofobi. Poco dopo, con la Risoluzione del 14 marzo 2013<sup>16</sup>, il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità di implementare una strategia globale per contrastare questa tipologia di reato. La centralità di adottare delle azioni concrete per contrastare i discorsi d'odio omofobi è stata reiterata con la Risoluzione del 18 dicembre 2019<sup>17</sup>. Più di recente, la Commissione ha indirizzato una comunicazione<sup>18</sup> al Parlamento e al Consiglio con cui ha

11 Con riferimento a questa evoluzione si veda M. Caielli, *Tutelare l'identità di genere attraverso la repressione dell'hate speech: considerazioni a partire dal disegno di legge Zan*, in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritti e persone LGBTQI+*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 218 ss.

12 Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, 31 marzo 2010.

13 Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI relativa alla lotta contro il discorso dell'odio, 8 dicembre 2015.

14 Raccomandazione CM/Rec(2022)16 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla lotta contro i discorsi d'odio, 20 maggio 2022.

15 Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa (2012/2657(RSP)).

16 Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sul rafforzamento della lotta contro il razzismo, la xenofobia e i reati generati dall'odio (2013/2543(RSP)).

17 Risoluzione del Parlamento europeo del 18 dicembre 2019 sulla discriminazione in pubblico e sull'incitamento all'odio nei confronti delle persone LGBTI, comprese le zone libere da LGBTI (2019/2933(RSP)).

18 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 9 dicembre 2021, Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio (COM

proposto di estendere la portata dell'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora innanzi, TFUE) anche agli atti di incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio a causa della razza, della religione, del genere e, per ciò che rileva qui, anche dell'orientamento sessuale. Visto che l'art. 83 TFUE permette al Parlamento e al Consiglio di stabilire delle prescrizioni minime con riferimento ai reati e alle sanzioni applicabili da tutti gli Stati membri dell'UE, secondo la Commissione questo ampliamento costituirebbe un primo passo concreto verso la creazione di una base giuridica comune per combattere l'incitamento all'odio e i reati d'odio in tutto il territorio dell'Unione europea.

A queste misure di *soft law* regionali si sono affiancate, nel corso degli ultimi anni, diverse misure di *hard law* a livello nazionale. Più precisamente, è interessante rilevare che svariati Stati del CdE sono intervenuti in maniera diversificata per criminalizzare e reprimere i discorsi d'odio omofobi.

Alcuni Stati hanno deciso di modificare la portata dei reati d'odio già previsti dai loro Codici penali estendendola a tutti quegli atti perpetrati in funzione dell'orientamento sessuale di una persona. Tra le esperienze più significative in tal senso vi sono quelle dell'Austria e della Spagna. In Austria, è la sezione 283 del Codice penale<sup>19</sup> (*Strafgesetzbuch*, StGB) a punire il reato di incitamento all'odio (*Verhetzung*). In origine, questo reato veniva perseguito soltanto in base all'appartenenza a una determinata chiesa o comunità religiosa, nonché ai criteri della razza, della religione o dell'etnia<sup>20</sup>. La sua portata è stata estesa nel 2012 ai criteri del colore della pelle, della lingua, dell'ideologia, del sesso, delle disabilità, dell'età ed anche dell'orientamento sessuale. Ad oggi, è pertanto previsto che anche chiunque incita all'odio, alla violenza o insulta pubblicamente<sup>21</sup> una persona<sup>22</sup> o un gruppo di persone per il suo/loro orientamento sessuale può essere punito con la pena della reclusione fino a due anni. In tutti quei casi in cui il reato viene perpetrato per mezzo di stampa, radio o diventi in qualsiasi altro modo di dominio pubblico, la pena massima applicabile è elevata a tre anni (§ 283.2 StGB). Nei casi di istigazione - ossia quando una persona ne induce un'altra ad attaccare il membro di un gruppo proprio in forza del suo legame di appartenenza ad esso (§ 283.3 StGB) - è prevista una pena della reclusione fino a cinque anni. In Spagna i discorsi d'odio sono puniti a norma dell'art. 510 del Codice penale<sup>23</sup> (*Código penal español*, CpE). La portata del presente disposto è stata oggetto di una profonda re-

/2021/777).

- 19 “(1) Chiunque pubblicamente, in modo che diventi accessibile a molte persone, 1. incita alla violenza o all'odio contro una chiesa, una comunità religiosa o un altro gruppo di persone definito in base ai criteri di razza, colore della pelle, lingua, religione o credo, nazionalità, discendenza o origine nazionale o etnica, sesso, disabilità, età o orientamento sessuale, o contro un membro di tale gruppo espressamente a causa dell'appartenenza a tale gruppo [...] è punito con la pena della reclusione fino ad anni tre” (nostra traduzione).
- 20 M. Nowak, *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity – Thematic Study Austria*, Vienna, 2010, p. 25.
- 21 Come di recente chiarito dall'*Oberste Gerichtshof*, il requisito della pubblicità è soddisfatto se l'atto viene commesso innanzi a circa dieci persone e diventa accessibile a circa trenta: OGH 14 Os 88/16x del 29.11.2016.
- 22 L'ambito di applicazione della sezione 283 StGB è stato esteso alle singole persone nel 2021 con la Legge sull'odio in rete (*Hass-im-Netz*): W. Fuchs, *Hate Crime in Österreich. Konzept, Rechtsrahmen, Datengrundlagen, Verbreitung und Auswirkungen von vorurteilsmotivierten Straftaten*, Vienna, 2021, p. 18.
- 23 “È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con una multa da sei a dodici mesi: a) chiunque, pubblicamente, incoraggia, promuove o incita direttamente o indirettamente all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza nei confronti di un gruppo, di una parte di un gruppo o di una persona specifica a causa della sua appartenenza a tale gruppo, per motivi razziali, antisemiti, antirom o per altri motivi legati all'ideologia, alla religione o alle convinzioni, alla situazione familiare, all'appartenenza dei suoi membri a un gruppo etnico, a una razza o a una nazione, alla loro origine nazionale, al loro sesso, all'orientamento o all'identità sessuale, a motivi di genere, all'aporofobia, alla malattia o alla disabilità” (nostra traduzione).

visione nel 2015<sup>24</sup> che, oltre ad avere ampliato le tipologie di condotte perseguibili, ha anche aggiunto nuovi criteri di discriminazione, tra cui la situazione familiare, il sesso, il genere, la disabilità, la malattia, l'identità di genere ed anche l'orientamento sessuale<sup>25</sup>. L'art. 510 CpE prevede due macrotipologie di condotte<sup>26</sup>, ossia l'incitamento all'odio (art. 510.1 CpE) e l'ingiuria (art. 510.2 CpE). Per quanto attiene alla prima (incitamento all'odio), viene previsto che chiunque incoraggi, promuova o inciti pubblicamente all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza contro una persona o un gruppo di persone in forza dei criteri di cui sopra (tra cui l'orientamento sessuale) può essere punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni, oltre che con una multa. Nella seconda (ingiuria) rientrano invece tutti i comportamenti ingiuriosi (come, ad esempio, l'umiliazione o il discredito) che possono ledere la dignità umana della/delle persona/e coinvolta/e. Questi ultimi atti possono essere puniti con una pena detentiva da sei mesi a due anni, oltre che con una multa.

In altri Stati, pur non esistendo un articolo del Codice penale espressamente consacrato ai discorsi d'odio omofobi, essi vengono nondimeno perseguiti. In Germania, ad esempio, la sezione 130 del Codice penale<sup>27</sup> (*Strafgesetzbuch*, StGB) prevede la figura dell'incitamento all'odio (*Volksverhetzung*), ma nell'elenco dei gruppi espressamente previsti (nazionali, razziali, religiosi ed etnici) non figura la comunità LGBTI. Tuttavia, siccome dopo questa elencazione l'articolo prevede la clausola generale dell'odio nei confronti di "parti della popolazione" (*Teile der Bevölkerung*), la sua portata è stata estesa per via giurisprudenziale anche alle persone omosessuali<sup>28</sup>. Così, chiunque incita all'odio o alla violenza verso una persona anche in ragione del suo orientamento sessuale può essere punito con la pena della reclusione da un minimo di tre mesi fino ad un massimo di cinque anni.

Vi sono poi altri Stati in cui, pur non esistendo un articolo *ad hoc* nel Codice penale, i discorsi d'odio omofobi vengono comunque puniti tramite delle misure legislative o vengono fatti rientrare nel quadro più generico dei reati da discriminazione. Esemplificativa in questo senso è la situazione della Francia. Invero, da un lato, i discorsi d'odio omofobi possono essere perseguiti in forza della *Loi sur la liberté de la presse*<sup>29</sup> e della più recente *Loi Avia*<sup>30</sup>; dall'altro, essi possono essere puniti anche in base agli articoli 225-1, 225-2, 225-3 e 225-4 del Codice penale (Code pénal, CP) sui reati da discriminazione fondati (tra gli altri) anche sull'orientamento sessuale<sup>31</sup>.

Cionondimeno, è bene sottolineare che, in alcuni Stati, l'introduzione di una fattispecie penale per perseguire i discorsi d'odio omofobi è fallita. Emblematico in tal senso è il caso dell'Italia ove il c.d. Ddl Zan è stato respinto dal Senato nell'ottobre 2021 dopo essere stato approvato nel novembre

24 Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo.

25 J.M. Tamarit Sumalla, *Los delitos de odio en las redes sociales*, in *Revista de derecho, internet, y política*, 27, 2018, p. 20. Si veda anche I.G. Domínguez, *El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada*, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 8, 2020, p. 1 ss.

26 Sulla criticità di questa distinzione si veda J.M. Landa Gorostiza, *El delito de incitación al odio (artículo 510 CP): quo vadis*, in *Azafra: Revista de Filosofía*, 23, 2021, pp. 57 ss.

27 "1) Chiunque, in modo idoneo a disturbare la quiete pubblica, 1. Incita all'odio contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o un gruppo definito dall'origine etnica, contro parti della popolazione o individui a causa della loro appartenenza a uno dei suddetti gruppi o parti della popolazione, o invita a prendere misure violente o arbitrarie contro di loro [...] È punito con la pena della reclusione da tre mesi fino a cinque anni" (nostra traduzione).

28 P. Caroli, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqia+*, in questa *Rivista*, 2024, p. 17.

29 *Loi sur la liberté de la presse*, 29 luglio 1881.

30 *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, 24 giugno 2020.

31 Sulla difficoltà di trovare un inquadramento penale in Francia per i discorsi d'odio omofobi si veda V. Malabat, *Quelles qualifications pénales pour les discours de haine?*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 10, 2024, p. 1 ss.

dell'anno precedente dalla Camera dei deputati. Scopo principale<sup>32</sup> di questo disegno di legge era quello di estendere la portata dei delitti contro l'uguaglianza (ex artt. 604bis e 604ter del Codice penale) alle discriminazioni fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulle disabilità. Per diversi ordini di motivi – come, ad esempio, i limiti posti alla libertà di manifestazione del pensiero o di espressione<sup>33</sup>, l'inclusione dell'identità di genere o, ancora, l'asserita esistenza di norme già adatte a perseguire suddette fattispecie criminali – questo progetto di revisione è stato fortemente contestato ed infine bocciato<sup>34</sup>.

### 3. I discorsi d'odio omofobi in Svizzera: la modifica dell'art. 261bis del Codice penale svizzero

In Svizzera, fino al 2020, i discorsi d'odio omofobi non venivano puniti. Invero, l'art. 261bis del Codice penale (c.p.) sugli atti di discriminazione e incitamento all'odio prevedeva come unici criteri di perseguibilità l'appartenenza a una determinata razza, etnia o religione. Poiché l'art. 261bis c.p. era stato introdotto nel 1995 in seguito alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale<sup>35</sup>, il parametro dell'orientamento sessuale era stato volutamente escluso in quanto si discostava troppo “*dallo scopo della presente revisione del Codice penale*”<sup>36</sup>. Siccome l'art. 261bis incorpora un elenco esaustivo<sup>37</sup>, questo ha in ultima istanza comportato che le persone della comunità LGBTI siano state per lungo tempo private di una protezione dai discorsi d'odio<sup>38</sup>. Per sopperire a questa mancanza, nel 2013 è stata presentata un'iniziativa parlamentare<sup>39</sup> che aveva lo scopo di estenderne il campo di applicazione anche all'orientamento sessuale. Una volta arrivata alla Commissione degli affari giuridici del Consiglio Nazionale, era stato proposto di affiancare al

32 Accanto a questo fine “repressivo”, il Ddl Zan ne aveva anche uno di natura “preventiva e promozionale”, nel senso che mirava a sollecitare la sensibilità sociale con riferimento alle discriminazioni e alle violenze basate sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulle disabilità: sul punto si veda, G. Palmeri, *Brevi considerazioni introduttive*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 6.

33 Per un approfondimento sul punto si veda M. Caielli, *Il Ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 19 ss.

34 S. Curreri, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 48 ss.

35 Assemblea generale dell'ONU, Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1995.

36 Messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale, 2 marzo 1992, p. 258.

37 M. Mazou, *Art. 261bis*, in A. Macaluso, L. Moreillon, N. Queloz (a cura di), *Commentaire Romand du Code Pénal II*, Basilea, 2017, § 6.

38 Invero, prima della modifica dell'art. 261bis c.p., non esisteva una disposizione che proteggesse le persone LGBT dai discorsi d'odio come comunità. Eventualmente, a titolo individuale, una persona poteva invocare la violazione dell'art. 28 del Codice civile svizzero (CC) sulla protezione della personalità o degli articoli 173 ss. c.p., in particolare l'ingiuria. Invero, il Tribunale federale ha sempre negato la legittimazione ad agire alle associazioni per la tutela dei diritti delle persone omosessuali e transessuali nell'ambito dei reati contro l'onore: si veda, ad esempio, Sentenza TF 6B\_361/2010 del 1° novembre 2010.

39 Iniziativa parlamentare 13.407 “Lottare contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale” del 7 marzo 2013.

criterio dell'orientamento sessuale anche quello dell'identità di genere<sup>40</sup>. Il Consiglio federale si è tuttavia opposto a questa aggiunta sostenendo che la nozione di identità di genere “è molto più vaga e corrisponde a un sentimento individuale e profondamente intimo, indipendente dal sesso biologico, dallo stato civile e dall'orientamento sessuale”<sup>41</sup>. Il progetto di modifica dell'art. 261bis c.p. è stato quindi adottato dalle Camere il 14 dicembre 2018 escludendo il criterio dell'identità di genere. Sottoposta a referendum il 9 febbraio 2020, la modifica dell'art. 261bis c.p. è stata accettata dal 63.1% delle cittadine e dei cittadini svizzeri<sup>42</sup>.

Così, al momento attuale, anche i discorsi d'odio omofobi e le discriminazioni perpetrate in base all'orientamento sessuale di una persona sono punite a norma dell'art. 261bis c.p.<sup>43</sup>. Più precisamente, oltre ai discorsi d'odio e agli atti discriminatori (cpv. 1), l'art. 261bis c.p. condanna la propagazione di ideologie discriminatorie (cpv. 2), l'organizzazione o la partecipazione ad azioni di propaganda (cpv. 3), le discriminazioni dirette che ledono la dignità umana (tra cui, ad esempio, la minimizzazione del genocidio o di altri crimini contro l'umanità) (cpv. 4) e, infine, anche il rifiuto di fornire dei servizi destinati al pubblico (cpv. 5)<sup>44</sup>. È necessario, affinché questi atti siano punibili, che essi avvengano pubblicamente<sup>45</sup> e intenzionalmente.

#### 4. La sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero

Con la sentenza 6B\_1323/2023<sup>46</sup>, il Tribunale federale svizzero ha per la prima volta condannato una persona per discriminazione e incitamento all'odio in base all'orientamento sessuale ex art. 261bis CP.

Questo caso riguarda il saggista franco-svizzero Alain Soral che, nel settembre 2021, aveva pubblicato sul suo sito internet (*Égalité & Réconciliation*, E&R) e sulla sua pagina Facebook un video in risposta all'articolo scritto da Cathy Macherel (del giornale *Tribune de Genève*) sui trascorsi di Alain Soral e di E&R con la giustizia. Nel suddetto video, Alain Soral sosteneva quanto segue: “*Ritengo che questo articolo sia [...] firmato da un'attivista comunitaria, che è un'attivista queer che si batte anche per i migranti. [...] Io sono uno svizzero nel mio paese, che difende l'animo svizzero e lo spirito svizze-*

40 Rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale del 3 maggio 2018, FF 2018 3209, p. 3220.

41 Parere del Consiglio federale del 15 agosto 2018, FF 2018 5327, p. 4435.

42 Votazione popolare del 9 febbraio 2020 sul divieto della discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

43 “Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale, chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditarla o calunniare sistematicamente tale persona o gruppo di persone, chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa, chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità, chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria”.

44 Per una descrizione dei singoli comportamenti criminosi di veda F. Aubert, *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, in *Aktuelle Juristische Praxis /Pratique Juridique Actuelle*, 1994, 9, p. 1079 ss.

45 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale questo criterio è soddisfatto quando l'atto viene commesso di fronte ad un gruppo di persone che non hanno alcun legame personale tra di loro: si veda, ad esempio, DTF 130 IV 111. Di conseguenza, il numero di persone presenti non è di per sé considerato come un dato rilevante.

46 Sentenza TF 6B\_1323/2023 dell'11 marzo 2024 (destinata a pubblicazione).



ro, [...] e mi trovo a battermi contro persone che rappresentano un'estrema minoranza. E voglio ricordare che queer in inglese significa, io credo, disadattata. Di conseguenza ritengo che tra la mia visione del mondo e quella di una grossa lesbica militante per i migranti, io penso di essere un combattente per la pace, la fraternità e l'anima svizzera [...]”<sup>47</sup>. In prima istanza, il Tribunale di Polizia di Losanna condanna Alain Soral per diffamazione ex art. 173 cpv. 1 c.p., mentre in appello viene dichiarato colpevole anche per incitamento all'odio ex art. 261bis cpv. 1, c.p.

Contro quest'ultima accusa, Alain Soral interpone ricorso innanzi al Tribunale federale.

In apertura alla sentenza, i giudici del Tribunale federale si soffermano sul nuovo tenore dell'art. 261bis c.p. sottolineando che, a partire dal 1 luglio 2020, la sua portata è stata estesa anche alle discriminazioni e all'incitamento all'odio perpetrati in base all'orientamento sessuale di una persona o di un gruppo di persone (consid. 1). A seguire, il Tribunale federale riprende brevemente il ragionamento a cui si è attenuto il Tribunale cantonale (consid. 2), per poi soffermarsi specificatamente sulle contestazioni sollevate da Alain Soral (consid. 2.1).

Il primo rilievo di Alain Soral atteneva al termine queer che, secondo lui, faceva riferimento all'identità di genere e non all'orientamento sessuale della persona coinvolta e, quindi, non godeva della protezione ex art. 261 bis c.p. Con riferimento a ciò, il Tribunale federale, dopo avere ripreso le definizioni di orientamento sessuale<sup>48</sup> e di identità di genere<sup>49</sup> fornite dai Principi di Yogyakarta, conclude che il termine queer include in realtà entrambe. In aggiunta, il Tribunale federale ricorda che Alain Soral non si è limitato a qualificare la giornalista Cathy Macherel come una “militante queer”, ma l'ha anche appellata “grossa lesbica militante” termine che si riferisce inconfutabilmente al suo orientamento sessuale (consid. 2.1.2). La seconda contestazione di Alain Soral concerneva il fatto che il suo discorso non esprimeva alcun disprezzo nella misura in cui i termini queer e lesbica sono utilizzati anche dalla stessa comunità LGBTI e per il fatto che, effettivamente, la parola queer veniva in origine tradotta con il termine disadattato/a (consid. 2.2.1). A questo proposito, il Tribunale federale osserva che, a differenza di quanto sostenuto dal ricorrente, il linguaggio da lui utilizzato è avvilente, disumanizzante, oltraggioso ed è in grado di incitare gli utenti di Internet a disprezzare la persona in questione proprio per il suo orientamento sessuale. Il Tribunale federale aggiunge che il suo discorso risulta essere apertamente omofobo anche perché insinua che Cathy Macherel e tutta la comunità gay sono nemici dei valori (“la pace, la fraternità e i valori svizzeri”) che lui, invece, dice di volere difendere. Alla luce di ciò, il Tribunale federale conclude dicendo che il suo discorso è in grado di fomentare dei sentimenti d'odio in ragione dell'orientamento sessuale (consid. 2.2.2).

Poi, Alain Soral contesta che il Tribunale cantonale abbia preso in considerazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 261bis c.p., i commenti e le reazioni degli utenti al suo video. Con riferimento a questo aspetto, il Tribunale federale sottolinea che, seppure queste espressioni non gli siano direttamente imputabili, esse rappresentano nondimeno un parametro di valutazione efficiente dell'impatto del suo discorso su un utilizzatore medio di Internet. Detto diversamente, i commenti e le reazioni rilasciati sotto al suo video dimostrano chiaramente la capacità delle sue parole di alimentare

47 Nostra traduzione.

48 Consid. 2.1.1: “L'orientamento sessuale si riferisce alla capacità di ogni individuo di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso individui di sesso opposto (eterosessuali), dello stesso sesso (gay, lesbiche) o di più di un sesso (bisessuali), e di mantenere relazioni intime e sessuali con questi individui” (nostra traduzione).

49 Consid. 2.1.1: “Per identità di genere si intende l'esperienza intima e profondamente personale di ogni persona del proprio sesso, indipendentemente dal fatto che corrisponda o meno al sesso assegnato alla nascita, compresa la coscienza corporea personale (che può comportare, se liberamente acconsentita, la modifica dell'aspetto o della funzione corporea con mezzi medici, chirurgici o di altro tipo) e altre espressioni del sesso, compresi l'abbigliamento, il linguaggio e i modi di fare” (nostra traduzione).

l'odio omofobo (consid. 2.3).

Una volta chiarito che il suo comportamento integra, sotto il profilo oggettivo, una delle condotte perseguibili ex art. 261 *bis* c.p. (cpv. 1) e, posto che non vi è dubbio che esso sia avvenuto pubblicamente (consid. 2.4), il Tribunale federale si concentra sull'elemento soggettivo, ossia si focalizza sull'intenzionalità di queste dichiarazioni. Anche in questo passaggio, il Tribunale federale conferma quanto statuito da quello cantonale, ossia che Alain Soral è volontariamente e coscientemente ricorso a quelle parole con il fine di fomentare l'odio e la discriminazione verso la giornalista e la comunità lesbica nella sua interezza (consid. 3.1). In aggiunta, il Tribunale federale avvalle il fatto che il Tribunale cantonale abbia tenuto conto dei precedenti penali di Alain Soral, già più volte punito per avere insultato e diffamato delle persone (anche per il loro orientamento sessuale). Invero, queste condanne, testimoniano chiaramente che il ricorrente ha la propensione ad adottare dei comportamenti discriminatori nei confronti delle minoranze protette dalla legge (consid. 3.2).

Infine, Alain Soral contesta la violazione della sua libertà di espressione ex artt. 16 della Costituzione federale svizzera<sup>50</sup> (d'ora innanzi, Cost. fed.) e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>51</sup> (d'ora innanzi, CEDU) e, in particolare, della protezione riconosciuta ai giornalisti nel quadro di un dibattito politico. Con riferimento a ciò, il Tribunale federale rammenta innanzitutto che, seppure la libertà di espressione sia garantita, essa può nondimeno essere ristretta nel rispetto delle condizioni poste dall'art. 36 Cost. fed.<sup>52</sup> e dell'art. 10.2 CEDU<sup>53</sup>. In relazione a quest'ultimo, il Tribunale federale aggiunge che, nel rispetto della giurisprudenza della Corte EDU, i discorsi politici o quelli attinenti a questioni di interesse generale devono essere fortemente protetti. Tuttavia, il video in questione non è stato girato e diffuso in un contesto politico. Di conseguenza, il Tribunale federale conclude sancendo che i commenti contestati non rientrano né nell'ambito di un dibattito politico, né in uno di interesse generale e, pertanto, stabilisce che le restrizioni alla libertà di espressione del ricorrente sono legittime (consid. 4.1 – 4.2).

In conclusione, essendo integrati sia l'elemento oggettivo, sia l'elemento soggettivo dell'art. 261 *bis* c.p., il Tribunale federale condanna Alain Soral a 40 giorni di prigione, oltre che al pagamento di un'ammenda.

50 "1. La libertà d'opinione e d'informazione è garantita".

51 "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive".

52 "1. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale. Se gravi, devono essere previste dalla legge medesima. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile. 2. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui. 3. Esse devono essere proporzionate allo scopo. 4. I diritti fondamentali sono intangibili nella loro essenza".

53 "2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

## 5. Riflessioni conclusive

Come visto in questo contributo, negli ultimi anni, le leggi a tutela dell'orientamento sessuale sono proliferate. In particolare, si sono registrati plurimi sforzi per perseguire i discorsi d'odio omofobi: ad esempio, in Austria, Spagna e Svizzera è stata estesa la portata delle relative disposizioni dei Codici penali anche all'orientamento sessuale; in Germania, questo risultato è stato invece raggiunto per via giurisprudenziale; in Francia, oltre a delle disposizioni legislative, i discorsi d'odio omofobi possono essere perseguiti per analogia tramite il reato di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Questo incremento è da accogliere positivamente in quanto, come chiaramente documentato nell'*Annual Review 2024* di *ILGA Europe*<sup>54</sup>, i discorsi anti-LGBTI sono in costante aumento. Ad esempio, nel 2023, sono state segnalate diverse esternazioni da parte di politici motivate da pregiudizi omofobi, discorsi transfobici e la diffusione nei media di articoli anti-LGBTI. A fronte di questo aumento, anche il numero di sentenze con cui le Corti si sono occupate di questi casi è incrementato.

La Svizzera, così come altri Stati, si inserisce perfettamente in questa tendenza. Invero, in occasione dell'IDAHOBIT (Giornata internazionale contro l'omo-, bi-, inter- e transfobia), le organizzazioni LGBTQ Rete Transgender Svizzera (TGNS), Organizzazione Lesbica Svizzera (LOS) e *Pink Cross* hanno dichiarato che, secondo il loro rapporto sui crimini d'odio anti-LGBTI<sup>55</sup>, nel 2023 le segnalazioni ricevute sono più che raddoppiate (305 contro 134 nel 2022). Tra queste, circa il 70% consisteva in ingiurie ed insulti di cui, secondo i dati forniti dall'Ufficio federale di statistica<sup>56</sup>, 45 erano casi di violazione dell'art. 261 *bis* c.p. in base all'orientamento sessuale (a fronte di 29 nel 2022 e 27 nel 2021). All'aumentare delle denunce, sono incrementate anche le pronunce dei Tribunali svizzeri<sup>57</sup>. A tale riguardo, con la sentenza 6B\_1323/2023, il Tribunale federale svizzero ha per la prima volta riconosciuto colpevole di discorso d'odio e discriminazioni omofobe un cittadino franco-svizzero che, attraverso un video diffuso su Internet, aveva qualificato la giornalista Cathy Macherel come una queer disadattata e grossa militante lesbica, insinuando altresì che il suo operato potesse minare "la pace, la fraternità e i valori svizzeri".

Questa sentenza su cui ci si è focalizzati risulta essere interessante almeno sotto due profili.

Il primo attiene al valore che si dà alla percezione esterna di queste tipologie di dichiarazioni. Invero, secondo il Tribunale federale, contribuiscono a determinare il loro carattere discriminatorio il significato e l'impatto che esse hanno su un "cittadino medio non informato" (considd. 1.5. e 2.3). Detto diversamente, il Tribunale federale sottolinea che, per capire se una dichiarazione è discriminatoria o meno, ci si deve avvalere dell'interpretazione che un navigatore medio di Internet darebbe a questo messaggio, ossia se appare anche agli occhi di quest'ultimo come basato su un'ostilità verso una persona a causa del suo orientamento sessuale. È proprio rivalendosi sui commenti rilasciati sotto al video che il Tribunale federale dimostra che non solo le sue parole erano state interpretate come odiose e discriminatorie, ma che sono state addirittura in grado di ingenerare una catena d'odio verso Cathy Macherel per il suo orientamento sessuale.

Il secondo aspetto riguarda invece l'omissione del criterio dell'identità di genere tra quelli invo-

<sup>54</sup> ILGA Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia*, 2024: <https://www.ilga-europe.org/report/annual-review-2024/>.

<sup>55</sup> *Rapport sur les crimes de haine 2024. Rapport sur le monitoring e la discrimination et de la violence anti-LGBTQ en suisse en 2023*: [https://www.pinkcross.ch/unser-einsatz/politik/hate-crime/hate\\_crime\\_bericht\\_2024\\_fr.pdf](https://www.pinkcross.ch/unser-einsatz/politik/hate-crime/hate_crime_bericht_2024_fr.pdf).

<sup>56</sup> I dati sono disponibili al seguente link: <https://www.bfs.admin.ch/asset/it/30887579>.

<sup>57</sup> C. Montavon, *À propos des crimes de haine anti-LGBT: théorisation, législation et perspectives en droit pénal suisse*, in *Nouvelle Revue de Criminologie et de Politique Pénale*, 2023, 2, p. 9.

cabili a norma dell'art. 261 *bis* c.p. Soffermandosi in apertura sul suo nuovo tenore, il Tribunale federale ripercorre le tappe e i motivi che hanno spinto il Legislatore ad escludere il criterio dell'identità di genere dalla revisione, ossia il fatto che si trattasse di un concetto troppo fluido, dai contorni non chiari. È interessante però notare che, a differenza del Legislatore, il Tribunale federale, rifacendosi ai principi di Yogyakarta, fornisce in questa sentenza una definizione molto precisa di identità di genere (consid. 2.1.1). Quest'ultimo aspetto invita a ripensare la portata dell'art. 261 *bis* c.p. e, più in generale, dimostra l'importanza e la possibilità di prendere in considerazione il criterio dell'identità di genere nelle future riforme legislative<sup>58</sup> a tutela della comunità LGBTI. Questo risulta essere ancora più necessario se si considera che, nel 2023, i casi di ostilità registrati nei confronti delle persone trans corrispondono al 40% dei totali (a differenza del 18% dell'anno precedente)<sup>59</sup>.

In conclusione, si può affermare che, seppure la riforma dell'art. 261 *bis* c.p. rappresenti uno sforzo importante per la protezione dell'orientamento sessuale, essa risulta essere tuttavia parziale per il fatto di non contemplare il criterio dell'identità di genere. Come emerge chiaramente dalla sentenza del Tribunale federale, è configurabile un'estensione della sua portata, ciò che risulta essere ancora più necessario se si considera il fatto che le persone transgender e intersex sono sempre più spesso vittime di crimini d'odio<sup>60</sup> (tra cui i discorsi d'odio) anche in Svizzera.

---

58 Ciò che in passato è stato spesso trascurato: M. Ferrario, *The Principle of Equality Amidst the Protection of Sexual Orientation and Gender Identity: The Case of Switzerland*, in V. Carlino e G. Milani (a cura di), *The Principle of Equality. New and Old Challenges*, Genova, 2024, pp. 37 ss. Sul punto si veda anche C. Montavon, *La transidentité dans les politiques pénales suisses: de l'impensé à l'effacement?*, in D. Fink, A. Kuhn, J. Vuille (a cura di), *La criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir*, Basilea, 2024, pp. 1 ss.

59 *Rapport sur les crimes de haine 2024*, cit., 4.

60 Per una panoramica a livello internazionale si veda: J. Jamel, *Transphobic Hate Crime*, Leicester, Palgrave, 2018.