

OSSERVAZIONI SUL D.D.L. «MISURE DI PREVENZIONE E CONTRASTO DELLA DISCRIMINAZIONE E DELLA VIOLENZA PER MOTIVI FONDATI SUL SESSO, SUL GENERE, SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE, SULL'IDENTITÀ DI GENERE E SULLA DISABILITÀ» (ATTI PARLAMENTARI – SENATO, XVIII LEGISLATURA, N. 2005)



ACCOMPAGNATE DA UN *EXECUTIVE SUMMARY*\*

*Alberto di Martino* \*

SOMMARIO Premessa. — 1. Il quadro internazionale. — 2. Il quadro sovranazionale. — 3. Fonti nazionali. — 4. Diritto straniero. — 5. Proposta. — 6. Conseguenze sanzionatorie e, in generale, sul ricorso alla pena detentiva. — 7. Collocazione sistematica nel ddl. — 8. Sul ddl 2205. — *Executive Summary* — *Appendice*.

### **Premessa**

Le presenti osservazioni intendono prospettare una soluzione tecnica che considero raccomandabile perché compatibile con le diverse esigenze espresse nel dibattito politico sul d.d.l. in oggetto (di seguito= ddl Zan).

A supporto della proposta sono articolate qui di séguito alcune considerazioni preliminari sul quadro normativo internazionale, sovranazionale e nazionale (italiano e straniero) all'interno del quale si colloca la scelta politica su cui il parlamento italiano è chiamato a deliberare; nonché osservazioni sulla portata e sul significato dei dati statistici relativi al fenomeno sociale che si intende combattere mediante il ddl Zan. Non esporrò invece convinzioni personali circa la radicale inefficacia ed il carattere

---

\* Si tratta del contributo scritto richiesto dalla Commissione giustizia del Senato per la discussione in relazione al ddl Zan. La presente versione, rispetto a quella ufficialmente depositata, contiene marginali emendamenti lessicali.

\*\* Ordinario di diritto penale nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

controproducente di una politica volta ad orientare le scelte culturali dei consociati soprattutto mediante il diritto penale, per giunta “a costo zero” dato che le leggi penali non sono considerate – drammaticamente a torto – leggi di spesa.

Alla presente nota sarà allegata dunque una proposta di articolato che ritengo meritevole di essere assunto come testo base per un utile proseguimento della discussione su basi condivise o, se si vuole, costituenti un equilibrato temperamento tra conformità ai principi generali, congruità di redazione tecnica delle norme, esigenze di tutela rafforzata.

Come avvertenza di lettura del testo che segue, posso suggerire che chi non intenda soffermarsi sulla documentazione normativa riportata a sostegno delle osservazioni qui esposte potrà senz'altro omettere le parti in carattere più piccolo; il senso del discorso risulterà comunque chiaro dalla lettura del testo “principale”.

Seguono alle presenti note un «*executive summary*» della proposta, che può essere letto e “circolato” autonomamente, ed una appendice contenente una rappresentazione sinottica della proposta rispetto al testo del ddl Zan e dell'art. 3 della Costituzione.

## 1. Il quadro internazionale

Per quanto sia stato affermato – sia in sede di lavori specialistici, sia oralmente in audizioni parlamentari di esperti finora acquisite – che esisterebbero obblighi internazionali di tutela penale contro discriminazioni basate su motivi in senso lato omofobici (compresi dunque quelli “transfobici” e analoghe, ulteriori denominazioni), l'affermazione è in sé e per sé priva di fondamento. Non è dunque per questa via che si potrebbe fondare l'assoluta imprescindibilità di una specifica disciplina articolata nei termini proposti dal d.d.l. Zan, pena la violazione di doveri internazionali dello Stato o del diritto europeo.

Le norme del diritto internazionale pattizio che vengono comunemente allegate (nonché citate da documenti di rilievo, ad esempio da parte del Parlamento europeo) sono essenzialmente le seguenti, che si riportano in ordine temporale.

### **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)**

La Dichiarazione pretende che gli Stati garantiscano alle persone l'uguaglianza nel godimento dei diritti e delle libertà in essa stabilite senza distinzioni basate sui

motivi indicati in via esemplificativa: Gli Stati sono inoltre obbligati a proteggere contro discriminazioni e incitamento a discriminazioni; ma questo obbligo non è configurato di per sé come obbligo di gestione *specificamente penale* di queste situazioni; e comunque non può essere inteso in buona fede (art. 31 Conv. Vienna sul diritto dei trattati) come fonte diretta di un obbligo di prevedere norme che introducano distinzioni che in questa Dichiarazione non sono previste, dato che si fa espressamente riferimento al solo sesso (art. 2):

«Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, **sex**, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status»;

Né può essere intesa come obbligo di incriminazione la disposizione che in termini comprensibilmente del tutto generali afferma l'uguaglianza davanti alla legge e il diritto all'uguale protezione, come si è detto poc'anzi, contro discriminazioni e incitamento ad esse (art. 7).

«All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination».

Quanto all'interpretazione di alcuni diritti che possono essere specificamente rilevanti nel contesto della discussione attuale, si consideri ad esempio la previsione in tema di matrimonio (art. 16).

«Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution».

Se si mantiene ferma la necessità di rispettare il significato originario come metodo interpretativo del diritto dei trattati (perché non ricorrono le ipotesi previste dall'art. 31.2 della Convenzione di Vienna)<sup>1</sup>, non è consentita una interpretazione evolutiva; su questa base, la disposizione deve essere intesa nel senso tradizionale del

---

<sup>1</sup> Art. 31.2: «The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty».

matrimonio fra uomo e donna (il problema che la norma pone è, in questo quadro, quello di garantire la libertà della scelta). E tuttavia, anche proponendo – come si potrebbe ritenere ammissibile o raccomandabile – una interpretazione evolutiva, questa non può essere nel senso di proporre un obbligo di incriminazione, cioè nel senso di considerare discriminatori atti volti ad impedire il (od opinioni contrarie al) riconoscimento di un vero e proprio diritto al matrimonio, per quanto oscurantista appaia il perseguimento di queste strategie.

D'altra parte, salvo quanto si dirà più oltre circa il diritto dell'Unione Europea, si deve aggiungere che l'opinione qui esposta sembra confermata in termini molto chiari dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione:

«The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights»

Il diritto al matrimonio e a fondare una famiglia dev'essere bensì garantito, ma in conformità con le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio (in termini del tutto analoghi si esprime l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 1950): proprio questo riferimento alla sfera di 'libertà' del diritto domestico esclude in radice l'esistenza di obblighi vincolanti nel contenuto.

### **Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950)**

In questo testo viene in particolare considerazione l'art. 14, che prevede un divieto di discriminazione. ma anche in questo caso, come già osservato a proposito della Dichiarazione del 1948, gli Stati sono tenuti a garantire il godimento dei diritti «senza alcuna distinzione»; ma questo dovere di garanzia dell'uguaglianza di trattamento non è configurato di per sé come obbligo di gestione *specificamente penale* di queste situazioni; e, pure in questo caso, esso non può essere inteso in buona fede come fonte diretta di un obbligo di prevedere norme che introducano distinzioni che nella Convenzione non sono previste, dato che si fa espressamente riferimento al solo sesso.

Art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere garantito, senza alcuna distinzione, fondata soprattutto sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o altre opinioni, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, ... o ogni altra condizione».

### **Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)**

Anche per questo testo fondamentale non è possibile affermare che stabilisca obblighi di penalizzazione. I termini usati nelle sue disposizioni più rilevanti (artt. 3; 17; 26) sono di carattere comprensibilmente del tutto generale, ed il riferimento a uomini e donne è congruo con il momento culturale di approvazione del documento.

Art. 3: «The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of **men and women** to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant»

Art. 17: «1. **No one** shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to *unlawful attacks* on his *honour* and *reputation*.//2. **Everyone** has the right to the protection of the law against such *interference* or attacks».

Art. 26: «All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, **sex**, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status».

### **Convenzione sui diritti del fanciullo (1989)**

Ancor meno agganci circa obblighi specifici di incriminazione nell'ambito che rileva in questa sede si trovano in questa convenzione (in particolare artt. 2, 16), bensì richiamata nella risoluzione del Parlamento europeo del 2012 (su cui più oltre) come norma di background, ma in ottica diversa e certamente non rilevante sotto il profilo che stiamo discutendo (la presunta esistenza di obblighi di quel tipo).

Art. 2: «1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza. //2. Gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari»

Art. 16 «1. Nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo

onore e alla sua reputazione. 2. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti».

Ricapitolando, gli strumenti internazionali più risalenti non possono davvero essere allegati come fonti di obblighi di incriminazione nei termini che si sono detti. Maggiore attenzione impongono, come è ovvio, gli strumenti più recenti, in cui – in particolare – l’originaria menzione della discriminazione basata sul sesso viene talvolta disarticolata e compaiono, come si sa, riferimenti più puntuali ad altri concetti, primo fra tutti quello di «genere».

### **Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11.5.2011)**

Tuttavia, anche sulla base di questo strumento internazionale, al momento forse il più culturalmente innovativo e direttamente rilevante per la presente discussione, non si potrebbe affermare ch’esso prevede obblighi di incriminazione nei termini qui discussi. Compare bensì il termine “genere” come distinto dal sesso perché riferito alla dimensione di costruzione e proiezione sociale *sulle* persone di ruoli, comportamenti, attività che siano artificialmente considerati come distintamente appropriati per i due sessi (maschile e femminile). Ma il contesto d’uso di questa definizione si riferisce poi specificamente al dovere statale di proteggere la donna; violenza di genere, per l’appunto in questo contesto «designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato». Dove si menziona il divieto di discriminazione, si fa riferimento a quella commessa «nei confronti delle donne».

Art. 3 lett. c): «con il termine “genere” ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini».

## **2. Il quadro sovranazionale**

Il diritto dell’Unione europea pone questioni interpretative forse più sofisticate, anche perché è innanzi tutto necessario distinguere fra norme variamente vincolanti (c.d. *hard law*) e altri testi, quali raccomandazioni, non vincolanti ma di forte impatto nelle relazioni fra Unione e stati membri (c.d. *soft law*). Si deve anticipare, tuttavia,

che la conclusione nel senso della inesistenza di obblighi di criminalizzazione in senso tecnico non muta.

Tale obbligo non può essere desunto, innanzi tutto, dai testi fondamentali dei Trattati sull'Unione e sul Funzionamento dell'Unione nella parte in cui affermano di radicare l'Unione in quanto tale sui valori (principi) generali di rispetto della dignità umana, dei diritti umani, dei diritti delle minoranze. Tali principi, unitamente ad altri richiamati dal Parlamento europeo a fondamento delle proprie posizioni ma non direttamente rilevanti<sup>2</sup>, hanno bensì valore normativo ma non possono essere interpretati a nessun patto come fonte di obblighi penali.

---

<sup>2</sup> Art. 21 (dettato nell'ambito delle previsioni generali sull'azione esterna dell'Unione): «1. The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law. // The Union shall seek to develop relations and build partnerships with third countries, and international, regional or global organisations which share the principles referred to in the first subparagraph. It shall promote multilateral solutions to common problems, in particular in the framework of the United Nations. // 2. The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to:

- (a) safeguard its values, fundamental interests, security, independence and integrity;
- (b) consolidate and support democracy, the rule of law, human rights and the principles of international law;
- (c) preserve peace, prevent conflicts and strengthen international security, in accordance with the purposes and principles of the United Nations Charter, with the principles of the Helsinki Final Act and with the aims of the Charter of Paris, including those relating to external borders;
- (d) foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty;
- (e) encourage the integration of all countries into the world economy, including through the progressive abolition of restrictions on international trade;
- (f) help develop international measures to preserve and improve the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources, in order to ensure sustainable development;
- (g) assist populations, countries and regions confronting natural or man-made disasters; and
- (h) promote an international system based on stronger multilateral cooperation and good global governance.

3. The Union shall respect the principles and pursue the objectives set out in paragraphs 1 and 2 in the development and implementation of the different areas of the Union's external action covered by this Title and by Part Five of the Treaty on the Functioning of the European Union, and of the external aspects of its other policies. // The Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies. The Council and the Commission, assisted by the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, shall ensure that consistency and shall cooperate to that effect».

Questa conclusione vale senza ulteriori specificazioni per le norme rilevanti del Trattato sull'Unione europea.

Art. 2 TUE: «The Union is founded on the values of respect for *human dignity*, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for *human rights*, including the *rights of persons belonging to minorities*. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, *non-discrimination*, tolerance, justice, solidarity and *equality between women and men* prevail».

Art. 3.5 TUE: «In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the *protection of human rights*, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter».

Art. 6 TUE: «1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties (...)// 3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law».

Quanto al Trattato sul Funzionamento dell'Unione, è necessario soffermarsi in particolare sulle previsioni nelle quali compare il riferimento all'orientamento sessuale (artt. 10, 19 TFUE). Quanto alla prima disposizione, delinea esplicitamente direttive generali per le politiche e le azioni degli Stati membri nei campi di interesse dell'Unione: nel senso che le azioni e politiche statuali, indipendentemente dal relativo ambito, devono essere «definite» ed «eseguite» con l'intento di «combattere» le discriminazioni basate (anche) sull'orientamento sessuale. Ora, il verbo «combattere», per quanto pregnante di significato, segnala il dovere di approfondire un impegno militante e diuturno, ma non certo un obbligo specifico di ricorrere alla sanzione criminale come indefettibile ammenicolo del perseguimento delle politiche dell'Unione<sup>3</sup>. La disposizione riguarda un dovere trasversale a qualunque politica

---

<sup>3</sup> Si pensi ad esempio che la direttiva 2000/43/EC del 29.6.2000 sul principio di parità di trattamento fra le persone, senza distinzione di origine razziale o etnica, comprende, fra gli strumenti per «combattere» la discriminazione, anche il dialogo sociale (art. 11) e cioè, per così dire, l'esatto opposto della lotta repressiva.



dell'Unione, non profila una specifica, autonoma politica antidiscriminatoria da perseguire tramite la sanzione penale.

Art. 10: In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or ***sexual orientation***.

Quanto alla seconda disposizione (art. 19), per la quale dev'essere ribadito quanto appena osservato, ha un tenore addirittura esplicitamente incompatibile con l'idea di un obbligo di incriminazione, perché esclude espressamente che le azioni antidiscriminatorie indicate comportino di armonizzare il diritto degli Stati membri.

Art. 19: «1. Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or ***sexual orientation***. //2. By way of derogation from paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt the basic principles of Union incentive measures, ***excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States***, to support action taken by the Member States in order to contribute to the achievement of the objectives referred to in paragraph 1».

Lo Stato, dunque, è libero di scegliere il mezzo (i mezzi) con il quale mettere efficacemente in opera la politica anti-discriminatoria. Ovviamente, si deve tener conto del fatto che sarà la Corte di Giustizia a valutare *ex post* se il mezzo è idoneo al fine; ma questo è un aspetto diverso, sul quale si tornerà più avanti (§ 5).

Non diverse considerazioni valgono per l'art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

«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, gli handicap, l'età o le *tendenze sessuali* [*sexual orientation*] (...)»

Se è vero che qui è affermato un divieto di carattere perentorio, il suo carattere generale, che vincola certamente la condotta degli Stati membri, non comporta direttamente un obbligo di incriminazione esplicita della commissione di atti vietati. È ovvio che, se questi non fossero repressi se del caso anche penalmente, lo Stato

verrebbe meno al dovere generale; ma questa è una conseguenza effettuale ed indiretta di un dovere vincolante sul piano internazionale quanto all'effetto e non alle specifiche modalità con le quali esso possa essere garantito. D'altronde, con specifico riferimento al contesto italiano, il tema si sposta in tal modo sulla sufficienza o meno di strumenti attualmente disponibili nell'ordinamento penale; che è questione diversa dall'obbligo di incriminazione ora in discussione.

Quanto al diritto derivato, uno degli strumenti comunemente richiamati è la direttiva 2011/95/UE<sup>4</sup>, alla base del riconoscimento di determinati motivi di persecuzione che legittimano il riconoscimento dello status di rifugiati (in Italia cfr. art.18 D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 18).

Il "considerando" n. 30 prevede, al fine di illustrare il contesto della speciale esigenza di protezione, che questioni relative al genere devono essere tenute presenti al fine di verificare la fondatezza del timore di persecuzione<sup>5</sup>.

Si tratta, in realtà, di un contesto complesso, che conferisce rilevanza ad aspetti culturali relativi al genere, ivi compresi l'identità e l'orientamento sessuale, perché se ne deve determinare la rilevanza soprattutto rispetto al rischio per la persona (considerata in questo modo 'olistico') rappresentato da pratiche e tradizioni offensive, radicate nel luogo da cui quella persona proviene: non a caso il riferimento esemplificativo è a mutilazioni genitali, sterilizzazione forzata, aborto forzato. Ma non

---

<sup>4</sup> La cui esecuzione in Italia è avvenuta con il D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 (ma la citazione di un articolo 18 operata nella relazione di accompagnamento alla proposta dell'AIPDP, nella parte in cui afferma la presenza delle espressioni nel diritto vigente, è riferimento errato perché non esiste una tale disposizione: propriamente, art. 1, comma 1, lett. f): «all'articolo 8 [del D. lgs. 251/2007]: 1) al comma 1, alinea, dopo le parole: "gli atti di persecuzione di cui all'articolo 7" sono inserite le seguenti: "o la mancanza di protezione contro tali atti"; 2) al comma 1, lettera d), dopo le parole: "ai sensi della legislazione italiana," sono aggiunte le seguenti: "ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere;"».

<sup>5</sup> Il considerando 30 stabilisce che: «It is equally necessary to introduce a common concept of the persecution ground 'membership of a particular social group'. For the purposes of defining a particular social group, issues arising from an applicant's **gender, including gender identity and sexual orientation**, which may be related to certain legal traditions and customs, resulting in for example genital mutilation, forced sterilisation or forced abortion, should be given due consideration in so far as they are related to the applicant's well-founded fear of persecution». L'art. 10.1, seconda parte, della Direttiva stabilisce coerentemente che: «Depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation. Sexual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States. Gender related aspects, including gender identity, shall be given due consideration for the purposes of determining membership of a particular social group or identifying a characteristic of such a group».

è un contesto particolarmente significativo, ed anzi non ha nulla a che vedere col tema di un presunto obbligo di criminalizzazione.

Più chiaramente riferibile all'introduzione di apposite norme antidiscriminatorie è il c.d. *soft law*, cioè – detto in termini semplicistici ma chiari – fonti non vincolanti che tuttavia sono volte ad indirizzare anche con indicazioni specifiche il comportamento degli Stati.

Così è – ad esempio ed in particolare – per la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 (30.3.2010) Comitato dei Ministri Consiglio d'Europa; per la Risoluzione 1728 (29.4.2010) Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa; per la Risoluzione del Parlamento europeo 2012/2657(RSP) del 24.5.2012 (ove richiami a risoluzioni precedenti dello stesso Parlamento).

In particolare, quest'ultima *a)* invita gli Stati membri a «garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e transgender dai discorsi omofobi di incitamento all'odio e dalla violenza e ad assicurare che le coppie dello stesso sesso godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società»; *b)* «esorta gli Stati membri a condannare con fermezza i discorsi d'odio omofobi o l'incitamento all'odio e alla violenza nonché ad assicurare che la libertà di manifestazione...sia effettivamente rispettata» (punto 1); *c)* chiede alla Commissione di rivedere la decisione quadro sul razzismo e la xenofobia per rafforzarne e ampliarne il campo di applicazione, onde includere i reati di odio basati sull'***orientamento sessuale, l'identità di genere e l'espressione di genere***.

Mentre i punti (a) e (b) possono essere ancora intesi in un senso “politico”, nel senso cioè di sollecitare generali politiche di protezione da parte degli Stati, l'ultimo punto (c) concerne direttamente il tema del ricorso allo strumento penale al fine di includere nelle norme anti-discriminazione anche le condotte, di cui in esse si richiede l'incriminazione, basate su motivi legati ad orientamento sessuale, identità di genere ed espressione di genere.

Su questo aspetto, devono esser fatte due osservazioni.

Da un lato, si conferma esplicitamente ed incontrovertibilmente che, allo stato, non esiste tecnicamente un obbligo di incriminazione, poiché la raccomandazione è rivolta non agli Stati membri ma alla Commissione.

Dall'altro lato, se è vero che per la prima volta compaiono giustapposte le espressioni di «orientamento sessuale» (già nota), «identità di genere» e «espressione di genere» (sinora non attestate), si tratta di linguaggio tecnico perfettamente legittimo e comprensibile in un documento politico, ma dal quale non si può dedurre

la necessità di automatica traduzione in vere e proprie norme che ne ripetano il lessico. Fra l'altro, le espressioni non sono accompagnate dalla definizione del contenuto delle "etichette", e sono innovative e non coincidenti con l'uso del termine «genere» noto ai recenti strumenti internazionali come la Convenzione di Istanbul (nella quale, come si è visto, il genere compare come costruzione e proiezione sociale *sulle* persone di ruoli, comportamenti, attività che siano artificialmente considerati come distintamente appropriati per i due sessi, maschile e femminile).

Su queste premesse, non si può raccomandare il mantenimento delle definizioni di cui all'art. 1 del ddl Zan, quantomeno agli effetti penali: inutilmente complicate, apparentemente descrittive ma pregne di espressioni valutative non agganciate a corrispondenti, sicuri parametri di qualificazione; plausibili nel dibattito delle idee, ma da respingere come elementi costitutivi di fattispecie penali. Se ne proporrà la sostituzione con espressione che soddisfa l'esigenza ad esse sottesa, ma è congrua con il contesto in cui devono operare (§ 5).

Ciò che conta, nella sostanza, è che la persona possa percepirsi liberamente e liberamente esprimersi rispetto a questa dimensione dell'essere; e che questa libertà sia garantita.

### 3. Fonti nazionali

Quanto alle fonti nazionali, è stato affermato che nell'ordinamento italiano sarebbe ben attestato, se non addirittura pacifico, il binomio che si propone di introdurre (identità di genere e orientamento sessuale). L'affermazione tuttavia è apodittica. Nelle disposizioni in cui i termini ricorrono, questi sono nominati ma non definiti, appaiono talvolta diversi, talaltra sinonimici; inoltre, il ricorso all'una espressione piuttosto che all'altra appare del tutto casuale. La questione della loro utilizzabilità in sede penale resta dunque del tutto impregiudicata. Di seguito qualche esempio varrà a convalidare questo giudizio.

L'art. 60 del Codice della privacy stabilisce: «Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o **all'orientamento sessuale** della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale».

L'art. 7, D. Lgs. n. 165 del 2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) prevede: «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra *uomini e donne* e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al *genere*, all'età, all'*orientamento sessuale*, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno».

Analogo commento dev'esser fatto quanto all'uso dei termini nell'Ordinamento penitenziario. La legge di OP all'art. 1 impone di improntare il trattamento penitenziario ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine, tra l'altro, a sesso, all'identità di genere e all'orientamento sessuale (termini richiamati, ma mai definiti, da altre disposizioni). Un commento sulla (in)effettività della tutela di questi aspetti nell'esecuzione carceraria, dove pure sono, per l'appunto, espressamente menzionati, meriterebbe un promemoria a parte; ma si omette ogni ulteriore aggiunta per carità di Patria.

Non è inutile sottolineare, piuttosto, che il concetto di atti discriminatori, nel sistema giuridico, non è mai definito, se non dall'art. 15 Statuto dei Lavoratori, agli effetti di quella specifica disciplina, come qualsiasi (patto o) atto diretto a: «a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione...». Queste disposizioni (dunque: quelle che identificano specifici atti discriminatori) «si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'*orientamento sessuale* o sulle convinzioni personali» (comma 2).

Si noti che l'art. 38 dello Statuto, dedicato alle sanzioni penali, richiama il solo primo comma lettera a), quindi la definizione del secondo comma non vale agli effetti penali.

#### 4. Diritto straniero

Molta attenzione è stata dedicata in letteratura e nelle audizioni al diritto straniero<sup>6</sup>; qui non mette conto ribadire elementi già approfonditamente noti ai decisori politici. È forse opportuna tuttavia un'ulteriore, duplice sottolineatura.

Primo: i testi normativi stranieri che prevedono la punizione del compimento di atti discriminatori, o autonomamente, o come aggravante di fatti già costituenti reato, menzionano prevalentemente – accanto al sesso ed a molti altri motivi di discriminazione quali ad esempio le convinzioni politiche – solo l'orientamento sessuale; inoltre, non lo definiscono.

Secondo: il vero convitato di pietra dello strumento penale di repressione delle condotte anti-discriminatorie non è tanto il motivo, quanto piuttosto – preliminarmente – proprio il concetto di atto discriminatorio. Conviene dunque porre l'attenzione, piuttosto che sulle etichette usate per descrivere i motivi discriminatori, sulle soluzioni che possono essere adottate per tipizzare questi atti e segnare in termini chiari il confine fra discriminazione e libera manifestazione del pensiero, che è il tema fondamentale attorno al quale ruota il conflitto politico, *et pour cause*.

In questa prospettiva, particolare interesse, come è già stato notato dai commentatori, riveste la soluzione francese.

In Francia sono previste due soluzioni: la prima, nel senso della previsione di una circostanza aggravante di fatti che costituirebbero di per se stessi reato (ad es., omicidio volontario o preterintenzionale, percosse da cui derivino lesioni, furto, estorsione, minacce) e la discriminazione come motivo è un elemento che aggrava la pena (codice penale, art. 133-77). In questo caso non è la discriminazione di per sé che costituisce oggetto dell'incriminazione; sono previsti indici probatori specifici e oggettivi al fine di mostrare l'esistenza di una specifica motivazione.

La seconda strada è percorsa dagli artt. 225-1 e seguenti, che prevedono l'autonoma rilevanza della discriminazione come reato: premesso che costituisce discriminazione, in termini generali, «qualsiasi distinzione operata tra le persone fisiche» in ragione anche dell'«identità di genere» e dell'«orientamento sessuale», si

---

<sup>6</sup> Di una vera e propria attività comparativa in senso tecnico, nel senso più completo e metodologicamente avvertito, non è ancora possibile parlare almeno nella letteratura. Cfr. comunque il Rapporto della EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis* ([https://fra.europa.eu/fraWebsite/lgbt-rights/pub\\_cr\\_homophobia\\_0608\\_en.htm](https://fra.europa.eu/fraWebsite/lgbt-rights/pub_cr_homophobia_0608_en.htm)).

specifica tuttavia quali condotte rientrino in quest'ambito. Questa specificazione – elemento forse non adeguatamente sottolineato – è assolutamente fondamentale. Per quanto i termini citati non siano definiti, ciò che invece è definito è proprio il contenuto degli atti discriminatori (spec. art. 225-1-1; 225-1-2; 225-2 c.p. francese).

## 5. Proposta

La tutela penale contro la discriminazione ha un fondamento nella previsione costituzionale dell'art. 3. Non tutte le forme di discriminazione lì considerate hanno rilievo penale. Come si sa, l'art. 3 fa riferimento a sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali; le norme penali in discussione (gli art. 604 bis e ter c.p.) si riferiscono soltanto a razza (ed etnia) e religione, peraltro aggiungendo la nazionalità (che invece non è costituzionalmente rilevante in termini espressi, se non eventualmente come condizione personale).

Si tratta dunque di stabilire: *a)* se meritino di essere punite condotte, dello stesso tipo di quelle attualmente previste nelle fattispecie penali, qualora sorrette da motivi legati a quelli che il d.d.l. in oggetto intende considerare; *b)* in caso positivo, come questi motivi possano essere ragionevolmente “tipizzati” anche in considerazione del confronto politico.

Quanto al punto (*a*), si tratta di una scelta politica strettamente nazionale, non vincolata – come si è detto – da obblighi di criminalizzazione, il cui preliminare fondamento costituzionale sarebbe ravvisabile senz'altro con riferimento ai motivi legati al sesso ed alle condizioni personali.

Manifestazioni esteriori legate al sesso, in senso coerente o meno con «aspettative sociali», o l'attrazione nei confronti di persone dello stesso sesso, o meno, o di entrambi, o ancora il fatto di identificare se stessi in modo diverso rispetto a quel che risulterebbe dal sesso biologico (o anagrafico che sia), tutto ciò rientra senza alcun dubbio nella previsione costituzionale sull'eguaglianza e pari dignità «senza distinzioni di sesso»: se il riferimento al sesso possa sembrare ristretto in talune ipotesi di quelle che si intende considerare con il disegno di legge, certamente tutte rientrano nell'ambito delle condizioni personali.

Se questo vale sul piano dell'interpretazione costituzionale, la differenza rileva invece dal punto di vista delle modalità di “copertura” tramite il diritto penale: perché l'inserimento del motivo di discriminazione legato al sesso potrebbe non essere

*univocamente* riferibile *nella prassi* a tutti i casi ai quali s'intende conferire rilevanza. Su questo aspetto è necessario intendersi. È del tutto vero che l'ordinamento italiano, allo stato attuale, prevede ogni strumento utile a conferire rilevanza penale, anche aggravata, alle offese che il ddl Zan intende stigmatizzare esplicitamente. Tecnicamente, dunque, la necessità di una integrazione normativa non esiste.

Tuttavia, ritengo che questo argomento, per quanto vero, non sia decisivo, per almeno due ragioni.

La prima. Si tratta del c.d. *no-name problem*, cioè, in questo contesto, dell'opportunità di conferire espressa visibilità al disvalore di condotte il cui specifico stigma non sia ritenuto davvero espresso in assenza del "nome" (identità di genere, orientamento di genere, e simili). Qui il tecnico si deve fermare, si tratta d'una valutazione puramente politica. Ogni opinione a favore o contro fuoriesce, a mio avviso, dalla sfera della disciplina per entrare in quella della militanza. Solo una volta che sia ammessa (la plausibilità di) una scelta politica che ammetta di conferire rilevanza ai motivi discriminatori esplicitati dal ddl Zan, allora è di nuovo rilevante la competenza di tecnica del diritto al fine di garantire (come detto in esordio) soluzioni capaci di contemperare il rispetto dei principi – quello di legalità in primo luogo – con le ragioni di tutela rafforzata.

La seconda ragione per la quale ritengo non decisiva l'obiezione che il diritto vigente sarebbe già "completo", è la seguente. Se anche il legislatore nazionale è libero di scegliere il mezzo con cui raggiungere lo scopo di garantire contro fenomeni di discriminazione, previsto (questo sì) dal diritto europeo, esso non è tuttavia sottratto all'eventuale giudizio sull'efficacia delle misure prese e dunque sull'effettività della tutela approntata. Tale sindacato, condotto nell'ambito delle rispettive attribuzioni dalla Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, potrebbe portare ad affermare che la tutela è *nei fatti* inefficace, e per questa via indiretta imporre una sorta di punto di partenza, cioè la previsione per l'intanto di una espressa base legislativa anche in sede penale (come accaduto per la vicenda del reato di tortura).

In quest'ottica, a mero titolo d'esempio, si può ricordare come la Corte europea dei diritti umani (Corte di Strasburgo) abbia affermato la necessità di condurre efficaci indagini identificando e stigmatizzando specificamente anche il motivo discriminatorio delle aggressioni violente [ECtHR, *Identoba and Others v. Georgia*, n. 73235/12, 12.5.2015; *M.C. and A.C. v. Romania*, n. 12060/12, 12.7.2016; e il «leading case» *Vejdeland v. Svezia*, n. 1813/07, particolarmente ampio nell'accordare tutela: «inciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other



criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner»].

Proprio con riferimento a questo profilo – il giudizio sull’efficacia della protezione – potrebbe essere relativizzata l’obiezione relativa al fatto che i dati statistici non segnalano l’urgenza di legiferare penalmente sul fenomeno, e smentiscono l’esistenza di un fondamento obiettivo per l’allarme sociale (o meglio, dei gruppi coinvolti, come espressivi di vittime vulnerabili). Per un verso, questi dati potrebbero esser ritenuti sotto-rappresentativi, per effetto di fenomeni noti: dal *no-name problem* alla scarsa propensione alla denuncia. Per altro verso, e forse più plausibilmente, il numero delle offese è irrilevante ai fini di quel giudizio, se dovesse risultare che *anche una sola vittima* sia stata pregiudicata dal mancato approntamento di misure adeguate, di cui debba esser provvisto il sistema di protezione anche preventiva accordata *di fatto* dall’ordinamento.

Si deve dunque passare al secondo aspetto [punto (b)], relativo a come tradurre nella fattispecie penale il motivo di discriminazione: la sintassi negativa della costituzione («senza distinzioni di...») deve essere modificata nel contesto dell’emergere “positivo” del motivo discriminatorio che sorregga una condotta di rilevanza penale.

L’attuale art. 1 è da eliminare. Le situazioni ivi attualmente previste sono articolate in modo (inevitabilmente) confuso, con l’effetto paradossale di essere troppo inclusive e con ciò di obnubilare il senso della tutela penale differenziata (che senso ha la tutela parificata dell’identità di genere corrispondente al sesso, o dell’attrazione sessuale nei confronti di persone di sesso opposto? o il genere conforme alle aspettative sociali? come si determinano le aspettative sociali? e via dicendo).

Se invece ci si limitasse alla specificazione di omosessualità, bisessualità, transessualità, ci si dovrebbe addentrare in specificazioni complesse non suscettibili di traduzione in una fattispecie penale.

La proposta che formulo è quella di inserire nel testo delle disposizioni vigenti la seguente formulazione:

« atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, **oppure fondati sul sesso o sulle tendenze sessuali [ verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato]**».

o, in alternativa e forse preferibilmente,

« atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, **ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità**».

Si propone dunque di considerare molto semplicemente i motivi di discriminazione ripetendo la formulazione costituzionale, che menziona il «sesso» (o la sfera della «sessualità»).

Questa scelta avrebbe il pregio, sul quale si deve insistere almeno nella prospettiva penalistica, di comprendere tutte le situazioni che il ddl prevede all'art. 1. Questo perché *il sesso (o la sessualità) è l'indefettibile termine di relazione* di esse. Lo è per l'identità di genere, perché in tanto avrebbe senso definirla in modo distinto agli effetti penali in quanto non corrisponda al sesso e questo sia visibile (perché «manifestata»); lo è per l'orientamento sessuale, perché i vari tipi di inclinazione o attrazione si definiscono pur sempre in relazione al sesso della persona verso la quale l'individuo è spinto.

In ragione della pressione per l'inserimento del termine di orientamento sessuale per ragioni di visibilità, si può ammettere senz'altro il riferimento alle «tendenze sessuali». Questo avrebbe il duplice pregio, da un lato, di essere ragionevolmente riferibile a tutte le situazioni evocate dall'art. 1 ddl; dall'altro lato, di ricorrere alla stessa locuzione con la quale è tradotta in italiano la «sexual orientation» menzionata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

L'obiezione che si potrebbe muovere a questa formulazione è che le tendenze sessuali sono difficilmente definibili. È stato obiettato ad esempio che la pedofilia è una tendenza sessuale; analogamente le parafilie<sup>7</sup>. Tuttavia, il fatto che la prima costituisca reato, se potrebbe non essere decisivo dal punto di vista dell'interpretazione letterale della disposizione, escluderebbe automaticamente la

<sup>7</sup> Cioè le varie forme un tempo definite di perversione sessuale, censite dalle discipline che studiano psicologia e psicopatologia del comportamento sessuale: masochismo, sadismo, esibizionismo, feticismo, frotteurismo, voyerismo, troilismo, parzialismo, urofilia (o *pissing*), zoofilia, necrofilia, eccetera.

ragione di *speciale* protezione, che è fondata sul disvalore consistente nell'effetto discriminatorio: questo effetto non sarebbe apprezzabile nel caso di aggressione contro un pedofilo in ragione della speciale parafilia ch'egli esprime; non lo sarebbe almeno, e pacificamente, nell'attuale contesto storico.

In questo caso, in altri termini, il diverso trattamento operato già dalla legge (che appunto la punisce) sottrae quel tipo di tendenza dalle speciali, espresse ragioni di non discriminazione (costituzionale) e, correlativamente, dalle speciali ragioni di disvalore dell'aggressione nei confronti di una vittima.

Resta salva, e con ragione, l'eventuale applicazione in concreto di altre circostanze rilevanti: aggravanti (motivi abietti o futili); ma anche attenuanti, a seconda delle caratteristiche del caso concreto.

In ogni caso, sarebbe sufficiente aggiungere nel testo della disposizione che nel concetto in discorso non sono compresi atti che siano punibili come tali (appunto, la pedofilia; questa è la soluzione della direttiva 2011/95, come si è visto sopra); è di ciò che si tiene conto nella parte compresa fra parentesi quadre.

Quanto al secondo esempio (le parafilie), si potrebbe replicare che – come implicito, ma accettato contesto di significato – le tendenze sessuali (o le condizioni ed opinioni) protette, innanzi tutto, riguardano esclusivamente i rapporti interpersonali fra persone umane (esclusione dunque di necrofilia e zoofilia); in secondo luogo, non comprendono quelle considerate allo stato attuale della migliore scienza medica come patologie del comportamento sessuale.

Peraltro, se non si accettassero questi presupposti ermeneutici impliciti, anche limitare l'aggiunta al solo "sesso" non consentirebbe di risolvere i problemi sollevati e dunque l'unico modo per evitare la conclusione sarebbe di non inserire neppure il riferimento al sesso: il che non è tuttavia ragionevole.

Alla formulazione appena proposta deve tuttavia accompagnarsi, anche al fine di risolvere il vero nodo problematico della disciplina penale degli atti discriminatori, la definizione di questi. Si propone a tal fine la seguente formulazione, mutuata con qualche interpolazione dall'esperienza francese.

|  |
|--|
| <p>«Costituisce atto discriminatorio la commissione di una o più delle seguenti condotte, quando direttamente fondate sui motivi [<i>come sopra definiti</i>]:</p> |
|--|

- 1) rifiutare la fornitura di beni o di servizi altrimenti svolta come attività imprenditoriale;
- 2) ostacolare od impedire il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, o l'accesso a percorsi di formazione;
- 3) rifiutare di assumere, oppure licenziare un dipendente, o sanzionarlo;
- 4) subordinare la fornitura di beni o di servizi, il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, l'assunzione, il licenziamento o la sanzione di un dipendente, un'offerta di impiego, una domanda di stage o di periodo di formazione presso terzi, siano essi persone fisiche o enti collettivi pubblici o privati, al ricorrere di una condizione fondata sui motivi predetti»

In alternativa, con la massima semplificazione,

«Costituisce atto discriminatorio ogni atto che privi taluno dei diritti riconosciuti dalla legge»

La proposta (che in parte riprende proposte dottrinali: L. Eusebi) ha il pregio:

a) di consentire l'eliminazione dell'art. 4 ddl Zan, norma inaccettabile per le ragioni già esposte da voci importanti, in quanto introduce (con legge ordinaria!) illegittime, pericolose limitazioni al contenuto dello stesso articolo 21 della Costituzione, e comunque formula quei limiti in modo inquietante (condotte lecite di cui però si debba determinare se abbiano cagionato il concreto pericolo di atti discriminatori o violenti);

b) di collocare la libera manifestazione del pensiero nella sfera di irrilevanza penale per atipicità della condotta (nessuno degli esempi addotti nel dibattito politico come pericolosamente qualificabili quale atto discriminatorio potrebbe integrare la nozione proposta)<sup>8</sup>, evitando – almeno tendenzialmente (ma il rischio esiste sempre

---

<sup>8</sup> Affermare che il matrimonio non possa essere contratto da persone omosessuali; che coppie omosessuali non possano adottare; che coppie omosessuali non possano ricorrere a pratiche di fecondazione artificiale, e consimili esempi. Altrettanto vale per la costituzione di associazioni colte a sostenere queste idee. Quanto all'esempio effettivamente verificatosi negli USA del pasticciere che rifiutò di preparare una torta di nozze per sposi omosessuali, non perché tali (ad essi, singolarmente e comunque al di fuori della specifica occasione non è negata la prestazione) ma perché ritiene che il

anche a diritto vigente) – che il tema dell’antigiuridicità sia discusso in sede processuale;

c) di dislocare le gravi espressioni di insulto, ridicolizzazione, dispregio (per usare i termini della corte EDU: «*insulting, holding up to ridicule or slandering*») fuori dal concetto di atti discriminatori ma pur sempre nell’alveo delle qualificazioni penali “comuni”, che saranno certamente aggravate ai sensi dell’art. 604-ter c.p.

d) di rispondere alle principali preoccupazioni legate all’espressione di idee contrarie al riconoscimento di determinati diritti, o comunque inserite in orizzonti religiosi noti e particolarmente presenti nel contesto italiano. La mera manifestazione del pensiero non integra la nozione di atto discriminatorio.

Un punto nevralgico è rappresentato dal tema delle organizzazioni di tendenza (libere ex art. 18 Cost. purché non perseguano fini vietati ai singoli dalla legge penale). Intanto, l’associazione in quanto tale non sarebbe vietata se non ha come *fine* il compimento di atti discriminatori, né l’istigazione ad essi (cosa che potrebbe effettivamente prodursi se si mantenesse la proposta del ddl). Il compimento di un atto discriminatorio potrebbe essere tuttavia un’evenienza nel corso dell’attività dell’associazione. Si pensi al caso di una scuola cattolica che si rifiuti di assumere (o licenzi) un insegnante in ragione della sua omosessualità. Il problema è che questa condotta non è comunque legittima per il diritto del lavoro (con la conseguente nullità del patto, art. 15 St. lav. – o del licenziamento: art. 3 l. 108/1990). Al rimedio lavoristico si aggiungerebbe la rilevanza penale della condotta? Dipende. Premesso che, come si è detto, l’atto discriminatorio deve essere *direttamente* legato al motivo che lo sorregge, se la mancata assunzione/il licenziamento sono legati al contenuto delle idee espresse (insegnate) in quanto incompatibile con il carattere qualificante dell’organizzazione, non costituiscono anche atto discriminatorio; se sono legati alla condizione personale in quanto tale, invece sì. Ma sono ipotesi che possono portare ad un’opposizione “non negoziabile”?

---

matrimonio sia soltanto fra uomo e donna, si deve ritenere che il fatto non costituisce atto discriminatorio perché il rifiuto non è determinato *direttamente* dal motivo fondato sulle tendenze sessuali. Altra casistica che potrebbe provocare reazioni idiosincratice è agevolmente risolubile: a) caso del gestore di locale di ristorazione all’interno del quale sono disponibili soltanto due ritirate, una per gli uomini e una per le donne; non compie nessun atto discriminatorio per ciò stesso; lo compie se rifiuta l’accesso a uno dei due servizi ad un transessuale; b) caso del barbiere per uomo, che non offre il servizio ad una donna: nessun atto discriminatorio perché non “rifiuta” ma semplicemente appronta un diverso servizio, non previsto per l’acconciatura femminile. Discrimina se rifiuta di tagliare i capelli ad un transessuale, in ragione di questa condizione personale (ma non compie nessuna discriminazione se il trans ha acconciatura da donna e il barbiere semplicemente non tratta quel tipo di acconciature).

## 6. Conseguenze sanzionatorie e, in generale, sul ricorso alla pena detentiva

Il ddl, ad onta della richiesta di apertura culturale sul tema della sessualità, del genere, degli orientamenti relativi, muove paradossalmente da una visione profondamente conservatrice, se non retriva, della penalità. Si è premesso in esordio che lo scrivente non intende riproporre obiezioni ben note circa l'uso simbolico, moralizzatore, paternalistico dello strumento penale. Tuttavia, quanto all'aspetto della sanzione prevista (o che potrebbe o dovrebbe essere immaginata) per i fatti previsti dalle norme penali sopra indicate, resta aperta la strada a due tipi di proposte tecniche.

La prima, per vero urgente anche con riguardo ai motivi di discriminazione, concerne la necessità di differenziare la *pena prevista per l'istigazione*, che deve essere *meno grave* rispetto a quella prevista per il reato consumato.

La seconda proposta muove dal preliminare rilievo che i reati di discriminazione in generale, e senz'altro qualora siano riempiti dei motivi di cui si discute, sono radicati o in contesti di scarsa cultura e socializzazione o, viceversa, nella convinzione di difendere un orizzonte culturale ed antropologico di largo respiro, per quanto ritenuto criticabile o addirittura spregevole. Ora, il ricorso alla sanzione detentiva (in astratto) per questa tipologia di situazioni e di autori – delinquenti per convinzione, si potrebbe dire – è destinata ad approfondire le divisioni, a stracciare quel “rapporto di riconoscimento” che si pretenderebbe a fondamento della stessa richiesta di tutela. Ci si deve chiedere dunque se ci sono altre risorse sanzionatorie maggiormente consentanee alla tipologia delle condotte punite. Si potrebbe dislocare la sottofattispecie qualificata dai motivi in esame nell'ambito della illiceità amministrativa (come proposto in dottrina: L. Eusebi) al fine di valorizzare come conseguenza sanzionatoria l'obbligatorio perseguimento di percorsi rieducativi specifici, nell'ottica della giustizia riparativa.

Qualora questa strada non sia ritenuta percorribile, si deve escludere che le sanzioni accessorie previste (art. 5 del ddl) finiscano con l'aggravare le ragioni di conflitto. A tal fine:

(i) dev'essere esclusa l'applicazione del divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale ecc. (art. 1 comma 1 bis lett. d, d.l. 122/1993);

(ii) dev'essere eliminata la previsione del comma 3.2. ddl;

(iii) dev'essere eliminata la previsione del comma 4 ddl nella parte in cui si stabilisce alle «associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all'articolo 604 -bis».

## 7. Collocazione sistematica nel ddl

La modifica delle norme penali dovrebbe essere inserita alla fine del testo di legge, e non in esordio, a segnalare anche visivamente l'intervento del diritto penale come *extrema ratio*.

## 8. Sul ddl 2205

Il ddl d'iniziativa dei senatori Ronzulli e aa. sceglie la via di non modificare norme incriminatrici ma di prevedere ragioni di aggravamento della pena, nella forma di una nuova aggravante comune, quando un reato (qualunque) sia determinato dai motivi indicati nel relativo articolo 1.

Questa scelta ha il pregio di conferire visibilità alle esigenze di tutela mediante una norma generale, ricorrente anche in altri Paesi europei – almeno 10, stando ad un rapporto sia pure non recentissimo della FRA, fra i quali Belgio, Danimarca, Spagna, Francia, Olanda, Gran Bretagna), in cui è espressamente menzionato anche l'orientamento sessuale. Ha inoltre il pregio della semplicità: riconosce per un verso le speciali ragioni di protezione e, per altro verso, non estende l'ambito delle fattispecie incriminatrici che reprimono le condotte discriminatorie, che dev'essere ritenuto una strategia politico-criminale di carattere eccezionale per la tensione che crea con i principi costituzionali. Inoltre, è apprezzabile che, in fin dei conti, non siano create simmetrie discutibili tra diversi contesti di offesa alla dignità altrui: quella basata su motivi attinenti alla sfera della sessualità e quella legata a vicende storiche di proporzioni immani.

Quanto alla soluzione tecnica adottata, esprimo i seguenti rilievi.

Non condivido la scelta d'introdurre un'aggravante autonoma specificamente dedicata a questi motivi di discriminazione: ritengo che sia discutibile moltiplicare disposizioni per ogni diversa esigenza di protezione: ciascuno movente offensivo di cui si percepisca contingentemente l'inaccettabilità, e che non sia espressamente compreso nel tenore letterale delle disposizioni aggravanti, meriterebbe un'autonoma menzione.

***Sarebbe pertanto preferibile inserire i motivi indicati nell'art. 61 n. 3 c.p., accanto ai motivi abietti o futili.*** L'esito pratico è identico, ma più compatibile con i principi.

Inoltre, mi suscita perplessità il fatto di introdurre l'ennesima ipotesi di casi sottratti al *bilanciamento delle circostanze*. Ne capisco la ragione di opportunità ai fini del negoziato politico, ma ritengo *insostenibile proseguire in questa via delle eccezioni*; tanto più in una materia, come la presente, in cui si sentirebbe l'esigenza del contrario. Infatti, se al giudice deve essere precluso qualsiasi intervento anche indiretto nella definizione delle scelte d'incriminazione, nella fase di adeguamento della pena alle circostanze del caso concreto dovrebbe essere in effetti garantito quello spazio di valutazione e ponderazione che solo il caso concreto ed il 'suo' giudice sono in grado di realizzare. La delicatezza della materia suggerirebbe di garantire la massima libertà di valutazione.

Ovviamente non compete a chi scrivere esprimere valutazioni sul fatto che le norme penali esauriscono il contenuto della proposta, da cui sono espunti i contenuti extrapenali.

#### EXECUTIVE SUMMARY

La presente nota, premesso quanto segue:

- (a) l'inesistenza di obblighi internazionali di incriminazione;
- (b) l'impossibilità di rinvenire nella legislazione nazionale vigente (italiana e straniera) una definizione consolidata dei termini usati;
- (c) la constatazione che tuttavia determinati termini sono pur sempre utilizzati soprattutto in ambito internazionale, seppure in modo casuale e senza accordo sul rispettivo contenuto, e che il più diffuso è quello di "orientamento sessuale" (*sexual orientation*);
- (d) che il principale problema politico è rappresentato dalla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, che si teme pregiudicata – innanzi tutto – dalla *sinergia* fra l'uso di termini il cui contenuto non è affatto condiviso nella coscienza sociale (diversamente da altri motivi di discriminazione cui è conferita rilevanza penale), da un lato, e la mancanza di una definizione di atti discriminatori (che peraltro è problema di carattere generale, su cui si potrebbe cogliere utilmente l'occasione per intervenire);
- e) che detto problema è aggravato da una previsione, quella dell'art. 4 del ddl Zan, assolutamente inaccettabile per ragioni costituzionali e di consistenza intrinseca;
- f) che tuttavia esiste ad avviso dello scrivente una possibilità tecnica di garantire sia le esigenze di tutela rafforzata contro la discriminazione a contenuto "omofobico" e simile, sia le preoccupazioni giuridiche e culturali dei settori politici radicalmente avversi;

formula



la proposta di inserire nel sistema delle norme penali anti-discriminazione il testo di cui ai riquadri che seguono; testo che dovrà essere replicato in ogni norma che si richiama a detto sistema.

«atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, **oppure fondati sul sesso o sulle tendenze sessuali [verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato]**».

in alternativa,

«atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, **ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità**».

Questo rende superfluo l'art. 1 del ddl Zan, che deve essere cancellato almeno agli effetti penali.

Si rappresenta inoltre la necessità di introdurre una definizione di atti discriminatori:

«Costituisce atto discriminatorio la commissione di una o più delle seguenti condotte, quando direttamente fondate sui motivi [*come sopra definiti*]:

- 1) rifiutare la fornitura di beni o di servizi altrimenti svolta come attività imprenditoriale;
- 2) ostacolare od impedire il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, o l'accesso a percorsi di formazione;
- 3) rifiutare di assumere, oppure licenziare un dipendente, o sanzionarlo;
- 4) subordinare la fornitura di beni o di servizi, il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, l'assunzione, il licenziamento o la sanzione di un dipendente, un'offerta di impiego, una domanda di stage o di periodo di formazione presso terzi, siano essi persone fisiche o enti collettivi pubblici o privati, al ricorrere di una condizione fondata sui motivi predetti»

in alternativa:

«Costituisce atto discriminatorio ogni atto che privi taluno dei diritti riconosciuti dalla legge»

APPENDICE

La proposta è rappresentata visivamente dalla seguente tabella

| Art.604-bis/ter DL Zan   | Art. 604-bis/ter<br>(Proposta AdM)  |
|--|---|
| <p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:</p> <p>a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi (...) istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, <i>nazionali</i> o religiosi, <b>oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità;</b></p> <p>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, <b>oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.</b></p> <p>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, <b>oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.</b> 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</p> | <p>Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:</p> <p>a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi (...) istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, <i>nazionali</i>, <b>religiosi, oppure fondati sul sesso [o sulle tendenze sessuali, ((verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato))]</b> o sulla <b>disabilità;</b></p> <p>[in alternativa: <b>ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità]</b></p> <p>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, <b>religiosi, oppure fondati sul sesso [o sulle tendenze sessuali, ((verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato))]</b> o sulla <b>disabilità.</b></p> <p>[in alternativa: <b>ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità]</b></p> <p>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, <b>religiosi, oppure fondati sul sesso [o sulle tendenze sessuali, ((verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato))]</b> o sulla <b>disabilità.</b></p> <p>[in alternativa: <b>ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità]</b></p> <p><b>Costituisce atto discriminatorio la commissione di una o più delle seguenti</b></p> |

organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.  
(...)

604ter-Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità 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.  
(...)

condotte, quando direttamente fondate sui motivi *[come sopra definiti]*:

1) rifiutare la fornitura di beni o di servizi altrimenti svolta come attività imprenditoriale;

2) ostacolare od impedire il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, o l'accesso a percorsi di formazione;

3) rifiutare di assumere, oppure licenziare un dipendente, o sanzionarlo;

4) subordinare la fornitura di beni o di servizi di cui al n.1, il normale esercizio di un'attività economica o professionale di qualunque tipo, l'assunzione, il licenziamento o la sanzione di un dipendente, un'offerta di impiego, una domanda di stage o di periodo di formazione presso terzi, siano essi persone fisiche o enti collettivi pubblici o privati, al ricorrere di una condizione fondata sui motivi predetti

In alternativa:

«Costituisce atto discriminatorio ogni atto che privi taluno dei diritti riconosciuti dalla legge»

604ter-Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio fondati su motivi etnici, nazionali, razziali, oppure fondati sul sesso [o sulle tendenze sessuali, ((verso persone fisiche e che non si estrinsechino in atti di per sé costituenti reato))] o sulla disabilità,

[in alternativa: ovvero riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità]

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