

GenIUS

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

MARCO PELISSERO

Importanza, ragionevolezza e limiti
del diritto penale antidiscriminatorio
tra presente o (possibile) futuro

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

online first

4 ottobre 2024

Importanza, ragionevolezza e limiti del diritto penale antidiscriminatorio tra presente o (possibile) futuro

Abstract

I contributi del presente focus hanno ad oggetto le norme penali contro le discriminazioni, considerando la disciplina vigente e le letture giurisprudenziali, al fine di fare emergere i limiti della disciplina vigente e le sue possibilità di espansione in un settore dell'ordinamento penale connotato da una forte carica simbolica.

The contributions in this focus are aimed at illustrating the anti-discrimination crimes, considering the current regulation and the case law, in order to bring out the limits of the current discipline and its possibilities for expansion in a sector of the criminal justice system characterised by a strong symbolic charge.

Il presente *focus* intende offrire una riflessione ad ampio spettro sul diritto penale antidiscriminatorio, incentrando l'attenzione sulle tecniche di tutela e sulle interpretazioni date dalla giurisprudenza che, seppur non abbia avuto modo di pronunciarsi in molte occasioni, costituisce comunque uno specchio importante di un settore dell'ordinamento penale, al quale il legislatore ha inteso dare particolare visibilità, inserendo tra i delitti contro la persona il nuovo titolo sui delitti contro l'uguaglianza, frutto della scelte fatte in sede di attuazione del principio di riserva di codice (d. lgs. 21/2018). Al fine di comprendere lo stato del diritto penale antidiscriminatorio, l'indagine è andata oltre le questioni interpretative sollevate dagli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. ed ha preferito affrontare il tema considerando, anzitutto, le garanzie sovranazionali e scomponendo poi lo studio in ragione dei diversi fattori di discriminazione: *in primis* sono stati considerati i fattori connotati da rilevanza espressa sin dal 1975, poi implementati nel 1993, e infine trasfusi nei delitti contro l'uguaglianza; l'indagine è stata poi estesa a quei fattori che la proposta di legge Zan (n. 569, approvata il 4 novembre 2020 dalla Camera dei deputati, ma non approvata dal Senato) intendeva considerare, ampliando la struttura degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. attraverso la discriminazione per ragioni di sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità.

Scopo dei diversi contributi è anzitutto un vaglio di ragionevolezza della disciplina oggi vigente e dei suoi limiti, verificando al contempo se le esigenze di tutela, alle quali intendeva rispondere la proposta di legge richiamata, abbiano trovato modo di esprimersi nella interpretazione di norme vigenti nel sistema penale. Questa attenzione al modo in cui la giurisprudenza ha interpretato le norme penali fondate sulla motivazione discriminatoria, cercando di dare rilevanza a fattori di discriminazione non espressamente contemplati dalla legge, permette una riflessione, più pacata, sulle ragioni poste alla

* Professore Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Torino.

base della proposta di legge Zan e sui motivi che hanno decretato il fallimento dell'iter legislativo: a prescindere dalla ripresa della discussione parlamentare su questi temi (che mi pare difficile nell'attuale clima politico), non di meno riflettere sulle ragioni, di tipo giuridico, favorevoli e contrarie alla proposta di riforma, consente comunque di interrogarci sulle tecniche di tutela oggi previste e sulla ragionevolezza dell'estensione della tutela penale.

Molte delle obiezioni mosse al progetto di riforma sono state rivolte all'obiettivo sbagliato, perché interessavano l'attuale assetto di disciplina. Si è richiamato il principio di determinatezza anche in relazione ad elementi non toccati dalla proposta di riforma, come il concetto di atti di discriminazione, presente sin dal 1975. Si è dubitato della ragionevolezza della equiparazione sul piano sanzionatorio tra l'istigazione alla commissione di atti discriminatori e la loro effettiva commissione, così come tra l'istigazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e la commissione di atti violenti, evidenziando che il sistema penale è improntato a differenziare il disvalore tra condotta istigatoria e fatto oggetto di istigazione. Si è criticata l'eccessiva anticipazione della tutela penale attraverso l'incriminazione dell'istigazione alla provocazione alla violenza per motivi di discriminazione, perché in tal modo si anticipa l'inizio dell'attività punibile, andando a colpire il pericolo di un pericolo. La presenza della clausola di riserva nell'incipit dell'art. 604-*bis* c.p., non applicabile quando il fatto integra gli estremi di un reato più grave, rende sussidiaria l'applicazione delle fattispecie incriminatrici ivi previste. Non si tratta di novità contenute nella proposta di riforma, ma di profili discutibili della disciplina vigente. Una sorta di *aberratio ictus* della critica, spesso utilizzati per affossare la proposta di legge, mentre avrebbero dovuto essere utilizzati per affossare molti dei profili di disciplina dei delitti contro l'uguaglianza.

Ancora: si è affermato che, al fine di garantire meritevolezza e necessità del controllo penale, spetterebbe alle norme di diritto civile, di diritto amministrativo e giuslavoristiche assicurare la tutela contro gli atti di discriminazione, mentre il diritto penale dovrebbe intervenire solo per reprimere fatti connotati da violenza.

Quanto alla circostanza aggravante di cui all'art. 604-*ter* c.p., avendo una base soggettiva incentrata sui motivi a delinquere, si dubita della sua compatibilità con il diritto penale del fatto e con il principio di offensività.

Tutte le obiezioni qui brevemente sunteggiate investono le tecniche di tutela penale ed hanno indubbiamente un solido fondamento, ma non possono essere addotte contro la proposta di estensione dei motivi discriminatori, perché interessano profili della disciplina vigente e che si pongono già oggi quando il diritto penale antidiscriminatorio si misura con razza, etnia, nazionalità o religione.

Quanto poi spostiamo l'angolo di osservazione sulla ragionevolezza della estensione della tutela penale a nuovi fattori di discriminazione, allora la riflessione politica si fa subito più complessa, perché coinvolge diversi profili di legittimazione dell'intervento penale che si muovono in campi nei quali è difficile (direi impossibile), definire un tracciato sicuro di giustificazione del controllo punitivo.

In favore dell'estensione della tutela penale depongono le istanze sociali di gruppi che richiedono una sorta di riconoscimento della tutela già accordata ad altri gruppi espressamente tutelati. In alcuni casi si tratta di gruppi che sono sì "minoranze" rispetto alla generalità della popolazione (omosessuali, transgender, disabili), ma hanno già trovato riconoscimento sul terreno delle relazioni sociali o della disciplina giuridica. Orientamento sessuale e identità di genere trovano riconoscimento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui crimini di odio; nella disciplina di ordinamento penitenziario compaiono come elementi che fondano il divieto di discriminazioni, anzi, dovrebbe essere assicurata una protezione in positivo della vulnerabilità di queste categorie nel contesto dell'organizzazione degli spazi carcerari; ugualmente, nel testo unico sull'immigrazione le ragioni di persecuzione per questi stessi profili della personalità fondano il riconoscimento del diritto d'asilo. Per le persone dello stesso sesso è stato introdotto l'istituto delle unioni civili che, pur con i limiti di una differenziazione irragionevole rispetto al matrimonio, colma un vuoto pregresso, non giustificabile giuridicamente. La Corte costituzionale ha riconosciuto l'identità di genere come diritto fonamen-

tale della persona da ricondurre alla copertura dell'art. 2 Cost. (sent. 221/2015) ed ha sollecitato il legislatore a disciplinare lo status dei bambini nati all'estero da pratiche di gestazione per altri in modo da porre rimedio all'attuale situazione, non accettabile, di insufficiente tutela degli interessi del minore anche nei contesti omogenitoriali (sent. 33/2021).

L'attenzione del sistema penale alla violenza di genere è da tempo motore di importanti riforme che, pur senza dare espressa rilevanza al genere della vittima come fattore motivazionale del reato, hanno introdotto specifiche disposizioni repressive, preventive e processuali che hanno rafforzato la tutela delle vittime entro contesti relazionali nei quali sono prevalentemente le donne ad essere l'anello fragile dei rapporti interpersonali.

La disabilità è da tempo oggetto di attenzione da parte del legislatore nel settore penale attraverso la disciplina delle circostanze aggravanti.

Non interessa ora chiedersi se il complesso di queste disposizioni abbia implementato la tutela dei soggetti che il legislatore considera in ragione della loro maggiore vulnerabilità o se presenti profili simbolici in contesti spesso divisivi, ma sempre connotati da un forte impatto sull'opinione pubblica, impatto che può falsare la ragionevolezza delle scelte legislative; di questi elementi danno conto i contributi di questo focus. Mi preme piuttosto evidenziare che i fattori di discriminazione presenti nella proposta di legge Zan non erano novità, ma avevano già assunto ampio riconoscimento anche sul piano giuridico, sebbene al di fuori di scelte di incriminazione.

È stata proprio la proposta di ampliare i fattori di discriminazione, che andava così a espandere i limiti di incriminazione, a far emergere posizioni differenziate all'interno della dottrina penalistica: una parte favorevole ad un più ampio intervento penale, nella consapevolezza della necessità di colmare una lacuna della disciplina vigente rispetto a fattori di discriminazione non considerati, ma pur meritevoli di tutela al pari di quelli legati a razza, etnia, nazionalità e religione; altra parte della dottrina si è, invece, mostrata contraria nel timore che l'estensione della tutela penale avrebbe comportato una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, convinta al contempo che il superamento della discriminazione nel contesto sociale debba essere perseguito attraverso appropriati percorsi educativi più che attraverso la minaccia penale, scarsamente deterrente a fronte della commissione di reati che hanno alla base motivazioni radicate assimilabili a quelle dei delinquenti per convinzione.

Così una disciplina che ha un impatto marginale nelle aule di giustizia, non perché siamo un Paese scevro da discriminazioni, ma solo perché è elevata la cifra oscura delle stesse, è diventata il terreno di confronto sui limiti di legittimazione del controllo penale in un terreno infido, reso accidentato dalle posizioni dicotomiche assunte nella società civile e nel dibattito politico.

Oggi, proprio alla luce del dibattito sollevato dalla proposta di legge Zan, una riflessione più pacata, e attenta al bilanciamento degli interessi in conflitto, che voglia riprendere la discussione sulla espansione della rilevanza dei fattori di discriminazione, deve avere il coraggio di portare l'attenzione anche sulle tecniche di incriminazione e sui limiti che le fattispecie vigenti incontrano. Se non si interviene su questi profili, ogni riflessione sarà fagocitata dal tabù di rivedere una disciplina che, pur con i limiti innanzi sunteggiati, presenta pur sempre un ineliminabile connotato simbolico che rimanda alla tutela di diritti fondamentali sui quali si sono ricostituiti gli ordinamenti democratici dopo il secondo conflitto mondiale. Non si tratta di assumere una posizione estrema liberale, favorevole all'abrogazione delle disposizioni che oggi troviamo tra i delitti contro l'uguaglianza, in nome del più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero e della necessità di contrastare ogni forma di discriminazione attraverso la prevenzione e l'educazione alla diversità e al dialogo: è una posizione condivisibile nella parte in cui sollecita il potenziamento di politiche preventive (che anche le proposte repressive hanno sempre percorso), ma difficile da percorrere nella parte abrogativa, non solo perché l'Italia è vincolata alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, ratificata con l. 654/1975, ma perché una scelta di questo tipo rischierebbe di veicolare un messaggio pericoloso di abbassamento della guardia dell'ordinamento rispetto alle forme di discriminazione e razzismo che sono comunque presenti nel nostro contesto sociale, tal-

volta anche in forme meno appariscenti, ma non meno recrudescenti. Si tratta, piuttosto, di rivedere i poli entro i quali il diritto penale antidiscriminatorio si muove: da un lato, riflettere sull'ampliamento del novero dei fattori di discriminazione; dall'altro lato, limitare l'area di incriminazione delle norme penali in modo da riportare a ragionevolezza il controllo penale. Un compito non agevole per il legislatore, sull'uno e sull'altro fronte.