

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## IL “DDL ZAN” IN EUROPA: UN QUADRO COMPARATO DEL CONTRASTO PENALE ALLA TRANSOMOFOBIA

Posted on 14 Giugno 2021 by [Andrea Gatti](#)

È ormai in stato di avanzata approvazione il c.d. DDL Zan, ultimo progetto di legge in materia di lotta contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Si tratta, come è noto, di un provvedimento controverso sia in termini sostanziali che di *drafting*, che tuttavia risponde, nelle sue intenzioni, ad una fondamentale esigenza di equità e cerca di colmare un *vulnus* reale nella disciplina antidiscriminatoria del nostro ordinamento.

Per una sua lettura più consapevole può risultare utile verificare come si articolino le normative sulla lotta contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere nei principali Stati europei.

Nel **Regno Unito** il fenomeno dell'omofobia assume rilevanza penale nel più generale quadro della repressione dei reati connotati dall'odio razziale e religioso. In particolare, il *Criminal Justice Act* 2003 e, successivamente l'*Equality Act* 2007 e il *Criminal Justice and Immigration Act* 2008 (CJIA), hanno introdotto un generale divieto di discriminazione (anche sotto il profilo della prestazione dei servizi) sulla base dell'orientamento sessuale, prevedendo, sulla falsariga del reato d'odio per motivi religiosi, anche una

specifica fattispecie di reato. Nel 2009 il delitto di cui sopra, previsto a difesa del solo orientamento sessuale, è stato esteso anche alle persone transgender (identità di genere). La disciplina ha sollevato polemiche al tempo della sua approvazione, in particolare perché, come per ogni *hate crime*, la prova della condotta è apparsa pericolosamente sbilanciata sulla percezione soggettiva della vittima: ai sensi del CJA sono infatti punibili quelle parole o quelle azioni che possono ragionevolmente apparire a chi le riceve un incitamento all'odio (*Part 3A Public Order Act 1986*, come modificato dalla *Section 74* e *Schedule 16* del CJA). Le offese coprono, oltre che i discorsi o i comportamenti, anche la pubblicazione e la distribuzione e (persino) il mero possesso di materiale "discriminatorio", le performance pubbliche e le trasmissioni. Le uniche scriminanti valgono per quelle dichiarazioni compiute all'interno del domicilio e alla sola presenza della persona offesa, per le opinioni critiche (ma non offensive), ma anche per le esortazioni non violente a modificare le condotte o le pratiche sessuali. Infine, ai sensi della *Section 66* del Codice di procedura (*Sentencing Code*), sono previste aggravanti nei casi in cui l'offesa sia stata motivata da ostilità nei confronti del (reale o presunto) orientamento sessuale o dell'identità transgender della persona offesa.

Tra le normative più icastiche in materia antidiscriminatoria troviamo quella della **Francia**. A partire dal 2003, con la legge n. 2003-239 del 18 marzo 2003 "*pour la sécurité intérieure*", l'ordinamento francese ha previsto alcune fattispecie di reato connesse alla discriminazione diretta e indiretta delle persone omosessuali (artt. da [225-1](#) a 225-4 e art. 432-7 Code pénal) ed ha riconosciuto la circostanza aggravante generale per i reati o delitti commessi in ragione dell'orientamento sessuale (art. 132-77).

È la legge n. 2017-86 del 27 gennaio 2017 "*relative à l'égalité et à la citoyenneté*" che rappresenta però l'intervento legislativo più importante in materia di lotta alla omotransfobia. Tre le fondamentali innovazioni introdotte troviamo, in primo luogo, il riconoscimento della nozione di "identità di genere", e quindi la distinzione delle ipotesi di omofobia da quelle di transfobia e l'inclusione esplicita di quest'ultima nella portata della normativa antidiscriminatoria.

In secondo luogo la legge ha generalizzato l'applicazione delle circostanze

aggravanti relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere della vittima, estendendola a tutte le fattispecie di reato e non solo quelle espressamente previste dalla legge e abrogando all'uopo anche alcune disposizioni specifiche che erano state aggiunte nel 2004 in relazione ai delitti di minaccia furto ed estorsione.

In terzo luogo, l'intervento ha inasprito le pene per quei delitti di omofobia in cui la condotta discriminatoria è supportata da "parole, scritti, immagini, oggetti o atti di qualsiasi tipo che ledono l'onore o la reputazione della vittima o di un gruppo di persone" legate dal sesso, l'orientamento sessuale o l'identità di genere ([art. 132-77](#) - attuale formulazione). A questo riguardo, però, la legge del 2017 si è preoccupata di meglio circostanziare delle condizioni probatorie che nella versione precedente, quella del 2003, erano semplicemente omesse e di stabilire un nesso causale tra queste condotte e la violazione. Per questo motivo la novella ha rappresentato una modifica in senso garantista e ha reso più difficile provare il movente omotransobico e dunque [l'applicazione dell'aggravante](#).

Ad oggi, dunque, in Francia, commette discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere chiunque tratti in maniera meno favorevole (discriminazione diretta), metta comunque in una posizione di svantaggio (discriminazione indiretta) oppure compia un qualsiasi reato una persona a causa del suo sesso, orientamento sessuale o identità di genere, a meno che, si intenda, tale pratica sia obiettivamente giustificata da una finalità legittima.

Anche la normativa sulla libertà della stampa (legge del 29 luglio 1881) è stata aggiornata dalla legge n. 2004-1486 del 30 dicembre 2004 "*portant la création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*", che ha introdotto i reati di pubblico incitamento alla discriminazione, all'odio o alla violenza (art. 24 comma 8), di diffamazione a mezzo stampa (art. 32 comma 3) e di ingiuria a mezzo stampa (art. 33 comma 4) nei confronti di una persona (o anche di un gruppo di persone) in ragione del loro orientamento sessuale, vero o presunto.

A vegliare sul rispetto della normativa antidiscriminatoria c'è il *Défenseur des droits*, di cui si contano, ormai dal 2014, diverse decisioni che

concernono discriminazioni omofobiche sul luogo di [lavoro](#), [molestie](#) o [rifiuto di prestazioni di servizi](#).

La disciplina antidiscriminatoria **spagnola**, particolarmente dettagliata, individua alcune fattispecie di reato connesse alla discriminazione per motivi omofobici (artt. 510-521 Código pena); questi ultimi si ritengono sussistenti in tutti quei casi in cui sia portata avanti una condotta ostile o fondata sul pregiudizio che trae ragion d'essere dal (reale o presunto) orientamento sessuale della vittima o dalla sua identità di genere. Sono puniti con pene detentive: a) i reati di incitazione all'odio e alla violenza contro gruppi e associazioni e b) i reati di diffusione consapevole di informazioni false e ingiuriose su gruppi e associazioni, commessi anche in ragione delle tendenze sessuali dei loro membri (art. 510).

Sono previste anche in Spagna aggravanti comuni (art. 22, comma 4) e speciali, così come sanzioni accessorie in relazione al particolare *status* del soggetto agente: il funzionario pubblico o l'incaricato di pubblico servizio, oltre che soggetto ad una pena maggiore, può essere sospeso (art. 511); il libero professionista può essere inabilitato all'esercizio della professione (art. 512).

Un approccio parzialmente dissimile si trova in **Germania**. L'ordinamento tedesco, che pure è stato uno degli ultimi a depenalizzare il reato di omosessualità (1969), non si trova oggi in una posizione di retroguardia nel riconoscimento della sua tutela: già da molti anni in Germania ai cittadini tedeschi è stato permesso di scegliere la propria identità sessuale, modificando le opzioni binarie nel certificato di nascita. In tema di normativa antidiscriminatoria, va però sottolineato che l'ordinamento tedesco non prevede esplicitamente né un delitto di omofobia, né una specifica aggravante fondata sul movente omofobico. La repressione delle condotte discriminatorie o connotate dall'odio contro le persone omosessuali o transessuali è portata avanti attraverso una previsione di carattere generale, [l'art. 130 del Codice penale](#) (StGB), che punisce con la detenzione "colui che, in maniera tale da disturbare la pace pubblica, incita all'odio o alla violenza contro elementi della popolazione o lede la dignità di altre persone attraverso insulti o offese e prevede una pena detentiva o una pena pecuniaria anche per chi commette gli stessi illeciti

attraverso la diffusione di opere scritte". Parimenti, l'aggravante è quella comune riconducibile a "i motivi e gli obiettivi dell'autore" (art. 46 comma 2 StGB) che sono discrezionalmente soppesati dal giudice.

Una delle ultime esperienze a varare una esplicita e puntuale normazione della materia è quella **svizzera**. Il legislatore elvetico ha provveduto a inserire esplicitamente il delitto di discriminazione con movente omofobico nel codice penale dopo un dibattito che è durato quasi 5 anni. Oggi la previsione dell'[art. 261-bis StGB](#), convalidata dall'esito favorevole di un referendum confermativo federale, contempla tanto fattispecie di discriminazione (diretta e indiretta) che di *hate speech* in senso stretto; più precisamente è prevista una pena fino a tre anni di reclusione per chiunque inciti pubblicamente all'odio o alla discriminazione, diffonda pubblicamente ideologie volte alla denigrazione o alla diffamazione sistematica oppure denigri o discrimini pubblicamente una persona o un gruppo di persone per motivi di razza, etnia, religione o orientamento sessuale.

Dalla previsione, che è stata inserita all'interno della nuova normativa anti-razzismo, si è scelto tuttavia di escludere la tutela delle persone transessuali (e quindi dell'identità di genere), così come quella delle associazioni rappresentative delle persone omosessuali.

La disciplina contenuta nella proposta Zan, tanto quella antidiscriminatoria quanto quella preordinata alla repressione dei reati d'odio, è una trama attesa che non si distanzia generalmente da quanto previsto nelle più importanti normative europee, di cui riproduce le forme e le finalità, pur con rare prese di distanza e soluzioni originali. Diversamente dal caso britannico e spagnolo, ad esempio, il progetto non menziona la condotta di mera propaganda, ma solo l'istigazione (presente in tutte le esperienze su riportate). Ma al di là dei problemi, che pur persistono, sotto il profilo della tassatività della fattispecie (che, a onor del vero, investono il reato d'opinione in quanto tale e quindi anche tutte le altre fattispecie in vigore previste nella legge Mancino), resta il dubbio sul massiccio utilizzo del presidio penale per la regolazione non tanto dell'istigazione alla violenza (che è peraltro prevista in quasi tutte le esperienze sopra considerate), quanto dell'istigazione alla

discriminazione; tanto l'istigazione che la discriminazione sono, infatti, concetti polivalenti e difficili da verificare e indeboliscono la previsione in punto di determinatezza della fattispecie incriminatrice; l'incitamento alla discriminazione (e quindi non all'*hate crime*) può dirsi l'unico aspetto del progetto di legge in questione che non trova riscontro nel panorama comparato. Un punto invero non marginale in un'operazione complessivamente ispirata al diritto penale ideologico, che rischia di costituire la vera pregiudiziale di costituzionalità del provvedimento.