

CEDAW e adeguamento dell'ordinamento italiano. La rilevanza delle discriminazioni basate su genere, sesso, orientamento sessuale, identità di genere e la loro intersezione

di Chiara Cardinali

Abstract: The implementation of the CEDAW into the Italian legal order: the relevance of discriminations based on gender, sex, sexual orientation, gender identity and their intersection. – This article reflects on the implementation of the CEDAW into the Italian criminal law order. The focus is on the amendments to articles 604 *bis* and 604 *ter* of the Italian Criminal Code. In 2020 the Chamber of Deputies approved the bill "Measures to prevent and combat discrimination and violence for reasons based on sex, gender, sexual orientation, gender identity and disability". By approving the bill, Italy would certainly take a step forward, albeit unwittingly, in the implementation of the CEDAW. Nevertheless, if Italy failed to pass the bill, it would be internationally responsible for the violation of the obligation to protect set out in art. 2 CEDAW. This article also analyses the relevance of intersectional discrimination in the Convention and in the Italian criminal law. Any reference to this form of discrimination appears to be absent both in the debate and in the proposed amendments to articles 604 *bis* and *ter*. For this reason, the author wonders whether Italy would still be partially non-compliant with its obligations to protect women from intersectional discrimination.

657

Keywords: CEDAW, Women, Obligation to Protect, Intersectional Discrimination, State Responsibility.

1. Premessa

Il recente dibattito parlamentare sulla proposta di legge “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” (di seguito D.d.l. Zan), rappresenta l’occasione per interrogarsi sull’effettivo recepimento della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne¹ nell’ordinamento penale italiano.

La CEDAW², ratificata dall’Italia con l.132/1985 e annoverata tra i

¹ Si precisa che, di seguito, verranno utilizzati i termini CEDAW o Convenzione in quanto tra loro intercambiabili.

² UNGA, *Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne*, 1979, disponibile presso: www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx

c.d. *core treaties* delle Nazioni Unite³, rappresenta lo strumento giuridico internazionale fondamentale in tema di diritti delle donne⁴. Il principio cardine su cui essa si fonda è il divieto di discriminazione come definita dall'art. 1 della Convenzione stessa.

L'esigenza di adottare un apposito trattato a tutela delle donne venne avvertita in quanto continuava a sussistere una vasta discriminazione contro di esse, nonostante che già vi fossero diversi strumenti internazionali a garanzia della parità di diritti tra donne e uomini, come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali⁵.

L'attuazione della Convenzione viene monitorata dal Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (di seguito soltanto il Comitato)⁶. Ricordiamo che, per quanto rileva in questa sede, quest'ultimo, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione, riceve rapporti periodici dagli Stati⁷ e, dopo averli esaminati, formula *Concluding observations*, che contengono *concerns and recommendations* non vincolanti per gli Stati destinatari e *General Recommendations*⁸ interpretative della Convenzione⁹.

Delineati i tratti essenziali del sistema della CEDAW, occorre chiedersi se quest'ultima abbia trovato o meno applicazione effettiva nell'ordinamento penale italiano. In particolare, ci si concentrerà sulla violenza di genere e si cercherà di stabilire se lo Stato italiano, sebbene tardivamente, abbia, almeno in parte, adempiuto il suo obbligo di protezione, di cui all'art. 2 CEDAW, tramite l'adozione della l. 69/2019, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere".

Il vero cuore della riflessione, tuttavia, riguarda la riforma degli articoli 604 *bis* e *ter* c.p., ancora al centro del dibattito politico parlamentare, che prevede l'inclusione dei nuovi fattori di discriminazione del sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità. A tale proposito, si stabilirà quale ruolo abbia la CEDAW, se sia stata presa in considerazione dal Parlamento e se la modifica dei sopracitati articoli costituisca o meno adempimento parziale degli obblighi derivanti dalla Convenzione. Occorrerà verificare se in questo dibattito ci sia spazio o meno

³ P. Pustorino, *Lezioni di Tutela Internazionale dei Diritti Umani* (II ed.), Bari, 2020, 31.

⁴La Convenzione è entrata in vigore il 3 settembre del 1981 e attualmente conta 189 Stati parte. Alla Convenzione si affianca un Protocollo Facoltativo, approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1999 ed entrato in vigore il 22 dicembre 2000.

⁵UNGA, *Convenzione...cit.*, Preambolo.

⁶UNGA, *Convenzione...cit.*, art. 17.

⁷ P. Pustorino, *Lezioni di...op.cit.*, 31.

⁸ UNGA, *Convenzione...cit.*, art.21.

⁹ Questo potere è stato utilizzato per elaborare trentotto documenti interpretativi, atti a fornire agli Stati indicazioni utili a ben definire il contenuto degli obblighi della Convenzione così da facilitarne l'applicazione

per le discriminazioni intersezionali, ossia le discriminazioni basate su più fattori, quali il genere, la razza, la religione e l'orientamento sessuale, che si intersecano tra loro.

Infine, ci si chiederà se, nel caso in cui la proposta di legge non venisse approvata, si possa configurare un inadempimento da parte dello Stato italiano dell'obbligo di proteggere derivante dall'art. 2 CEDAW e una sua conseguente responsabilità internazionale. Tuttavia, anche qualora il D.d.l. venisse approvato, rimane il seguente interrogativo, ossia se l'assenza delle discriminazioni intersezionali nella modifica del 604 *bis* e *ter* c.p. possa comunque determinare una forma di responsabilità dello Stato italiano sul piano internazionale.

2. L'art. 2 della CEDAW e gli obblighi posti in capo agli Stati parte

L'art. 2, come interpretato dal Comitato nella *General Recommendations n.28* (in seguito *GR no.28*), è da considerarsi come la vera essenza della Convenzione¹⁰, in quanto delinea gli obblighi giuridici internazionali gravanti sugli Stati parte, i quali si impegnano a perseguire, con ogni mezzo appropriato e senza indugio, una politica volta ad eliminare la discriminazione contro le donne.

La Convenzione, invero, è stata definita un "*innovative human rights treaty*"¹¹, dal momento che gli Stati parte si propongono non solo di riconoscere il diritto delle donne a godere di un trattamento equivalente rispetto agli uomini, già stabilito, peraltro, dagli altri trattati in materia di diritti umani sopra richiamati, ma anche di impegnarsi ad adottare in ogni campo, ed in particolare in ambito politico, sociale, economico e culturale, ogni misura adeguata a garantire il pieno sviluppo ed il progresso delle donne.

Nel dettaglio gli Stati devono introdurre il principio di uguaglianza tra uomini e donne nelle loro costituzioni nazionali, adottare misure legislative appropriate, comprese, ove opportuno, sanzioni, che vietino ogni discriminazione contro le donne, garantire l'effettiva protezione da ogni atto discriminatorio, astenersi dal porre in essere qualsiasi pratica discriminatoria, nonché abrogare ogni legge nazionale che costituisca una discriminazione contro le donne¹².

Il Comitato ha classificato questi obblighi discendenti dall'art. 2 in obbligo di rispettare, proteggere e promuovere i diritti umani, secondo la

¹⁰ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n. 28 sugli obblighi fondamentali degli Stati Parti di cui all'articolo 2 della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne 2010*, par. 6, 41, disponibile presso: documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement

¹¹ H. B. Schöpp - Schilling, *The Nature and Scope of the Convention*, in H.B. Schöpp - Schilling and C. Flinterman (eds), *The Circle of Empowerment: Twenty-five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, New York, 2007, (249-261), 16.

¹² UNGA, *Convenzione...cit.*, art. 2, lett. a) -g).

tripartizione elaborata in relazione ai diritti economici, sociali e culturali, e che parte della dottrina ha esteso ai diritti umani in generale¹³.

In primo luogo, l'obbligo di rispettare implica che lo Stato non intraprenda azioni discriminatorie contro le donne, ossia non adotti leggi e regolamenti e non persegua politiche e programmi che, direttamente o indirettamente, impediscano loro il pari godimento dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali¹⁴.

In secondo luogo, l'obbligo di proteggere richiede che gli Stati adottino misure volte a eliminare le discriminazioni di carattere interindividuale, ossia perpetrate dai privati¹⁵, in virtù del principio generale della *due diligence*¹⁶, la quale riguarda le “*preventive measures expected of a State in its sphere of exclusive control when international law was breached by private persons, not by the State as a legal entity*”¹⁷.

Infine, l'obbligo di promuovere comporta l'adozione di misure che garantiscano l'uguaglianza effettiva¹⁸, non solo giuridico-formale, attraverso la modifica e l'eliminazione di pratiche discriminatorie, come, ad esempio, il matrimonio forzato o la mutilazione genitale femminile.

A tale riguardo va precisato che i primi trattati sui diritti umani, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici, prevedevano soltanto obblighi negativi, di *non facere*, come il divieto di astensione dall'assumere condotte lesive dei diritti umani, mentre, solo successivamente, si è iniziato a prevedere obblighi positivi di *facere*, implicanti azioni concrete, anche di natura legislativa, da parte degli Stati¹⁹.

In particolare, l'art. 2, lett. (b) CEDAW richiede che gli Stati parte adottino “*appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women*” e pertanto si inquadra

¹³ M. A. Freeman, *Oxford Commentaries on International Law: Un Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: a Commentary*, Oxford, 2012, 182 ss.

¹⁴ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n. 28...cit.* par 9.

¹⁵ *Ibid.*, par 9.

¹⁶ Il principio della *due diligence* nella *Raccomandazione Generale n.19* è stato definito come l'obbligo in capo agli Stati parte “*to take reasonable measures to protect women against violence from non-State actors*”. Cfr. Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n. 19 sulla violenza contro le donne*, 1992, par. 9, disponibile presso: tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf, Cfr. Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.35 sulla violenza contro le donne, di aggiornamento della Raccomandazione Generale n.19*, 2017, par. 24, disponibile presso: tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en

¹⁷ T. Koivurova, *Due diligence*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2019, par. 2.

¹⁸ R. J. Cook - S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2009, 76-84.

¹⁹ P. Pustorino, *Lezioni di ...*, *op. cit.* p.45-46.

nel *genus* degli obblighi positivi appena menzionati²⁰, come si desume già dall'interpretazione letterale della norma²¹. Dal verbo “[to]prohibit”, infatti, si evince il dovere di sanzionare la discriminazione, mentre dall'utilizzo dell'aggettivo “appropriate” discende il riconoscimento in capo allo Stato di un margine di discrezionalità nella scelta delle misure legislative da adottare²², purché corredate, al fine di garantire una protezione legale effettiva contro le discriminazioni, dalla previsione di sanzioni²³.

Se da una parte è vero che quelli descritti nell'art. 2 sono obblighi di risultato, per cui gli Stati devono garantire l'effettiva eliminazione della discriminazione, essi incidono altresì sui mezzi che devono essere diligentemente scelti dagli Stati stessi per raggiungere tale obiettivo. Per questo motivo appare particolarmente felice la definizione data dalla dottrina, la quale parla di “two-fold obligations”²⁴, in quanto espressiva della duplice natura di mezzo e di risultato propria degli obblighi di cui all'art. 2 CEDAW.

3. L'adattamento del diritto penale italiano alla CEDAW

In via preliminare occorre ricordare che con la l. 132/1985 è stata data piena ed intera esecuzione alla CEDAW²⁵, utilizzando l'ordine di esecuzione²⁶. Questo meccanismo però, come dimostrato dall'adozione di successive leggi

²⁰ A. M. Banks, *CEDAW, Compliance, and Custom: Human Rights Enforcement in Sub-Saharan Africa*, in “Fordham International Law Journal”, 32(2008), 807.

²¹ Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati, *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, 1969, art. 31, disponibile presso: legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

²² M. A. Freeman, *op. cit.*, 191 ss.

²³ Parallelamente il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali ha esplicitato che cosa si debba intendere per “obligation to protect”, che ricomprende l'adozione di misure legislative, prevedendo anche la criminalizzazione di condotte che costituiscono discriminazione. Cfr. W. Vandenhoele, *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Oxford, 2005, 228.

²⁴ “[...]the distinction has lost some of its currency in the human rights context and more generally, partly because the classification does not always fit neatly the way in which obligations are formulated, and partly because the binary nature of the classification is conclusive rather than providing guidance in determining the content of the substantive obligation, and is the result of the process of interpreting exactly what the specific obligation means in the context of the particular treaty.” Cfr. I. Boerefijn, *Establishing state responsibility for breaching human rights treaty obligations: avenues under un human rights treaties*. in “Netherlands International Law Review”, 56 (2009), 171 e Cfr. A. Byrnes - M.H. Graterol - R. Chartres, *State Obligation and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, University of New South Wales, Paper 48 (2007), par. 47.

²⁵ L. 14 marzo 1985, n. 132 “Ratifica ed esecuzione della convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979”, G.U. Serie Generale n.89 del 15-04-1985 - Suppl. Ordinario, disponibile presso: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1985/04/15/085U0132/sg

²⁶ P. Caretti - U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, 206-208.

finalizzate a conformarsi a specifici obblighi della Convenzione²⁷, è risultato insufficiente visti i vuoti normativi esistenti come, ad esempio, nel caso della violenza di genere, per cui sarebbe stato più efficace ricorrere al procedimento misto, che prevede sia l'adozione dell'ordine di esecuzione che l'introduzione di norme *ad hoc*²⁸.

Neppure si può sottacere che molto spesso l'adattamento del diritto interno avviene anche successivamente rispetto ai provvedimenti originari di recepimento²⁹. A volte l'intervento legislativo integrativo è già previsto nell'atto iniziale di recepimento mentre, in altri casi, seppure non contemplato fin dall'inizio, viene posto in essere in seguito, quando il legislatore italiano, consapevole di dover modificare l'ordinamento interno conformemente alle Convenzioni internazionali ratificate³⁰, ravvisa l'esistenza di alcune lacune nei precedenti atti di esecuzione³¹.

Per quanto riguarda, invece, il rango delle norme della CEDAW nel nostro diritto interno, alla luce delle sentenze n. 348 e n.349 del 2007 della Corte Costituzionale e della successiva giurisprudenza, esse possono considerarsi quali norme interposte, integranti il parametro di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1 della Costituzione³². Secondo autorevole dottrina, infatti, il rango di norma interposta dovrebbe considerarsi esteso quantomeno a tutti i trattati internazionali ratificati su autorizzazione del Parlamento³³, come appunto la CEDAW.

Al fine di vagliare il grado di conformità dell'ordinamento interno rispetto alla Convenzione appare utile servirsi dei rapporti periodici presentati dagli Stati, strumenti fondamentali di verifica dell'attuazione della

²⁷ Si pensi alla l. 66/1996 contro la violenza sessuale, alla l. 53/2020 sul congedo parentale e alla l.154/2001 contro la violenza nelle relazioni familiari, emanate successivamente rispetto all'ordine di esecuzione (l.132/1985).

²⁸ N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino 2013, 247-248.

²⁹ Sul tema cfr. P. Pustorino, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. Del Vecchio - P. Severino, Padova, 2014, 470.

³⁰ *Ibid*, 475. e N. Ronzitti, *op. cit.*, 477.

³¹ In questo senso si pensi alla legge 6 novembre 2012, n. 190, che introduce il reato di corruzione fra privati, nonché il reato di traffico di influenze illecite in adempimento tardivo sia della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 sulla lotta contro la corruzione nel settore privato, sia della Convenzione penale sulla corruzione del 1999, in precedenza oggetto di altri atti di esecuzione, sia infine della Convenzione ONU contro la corruzione del 2003. Cfr. P. Pustorino, *In tema di...*, *art. cit.*, p. 470.

³² G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze "gemelle"*, in "Osservatorio sulle Fonti", 11(2018), 8.

³³ G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma, 2014, 187.

CEDAW, ma anche dei rapporti ombra della società civile³⁴ (c.d. “*shadow reports*”), pur aventi questi ultimi minore rilevanza.

Nel 2017 il Comitato ha esaminato il VII Rapporto Periodico presentato dall'Italia e ha adottato le *Concluding Observations on the VII Periodic Report of Italy*³⁵ in cui raccomandava la pronta adozione di una legge finalizzata a prevenire, combattere e punire ogni forma di violenza contro le donne, e, altresì, incoraggiava il rafforzamento della cornice legislativa concernente l'uguaglianza di genere e l'eliminazione delle discriminazioni in ragione del sesso, del genere e dell'orientamento sessuale³⁶. Infatti, dall'art. 2 CEDAW, come interpretato dalle *General Recommendation No. 12*³⁷ e *No. 19*³⁸, discende l'obbligo degli Stati di proteggere le donne contro la violenza di genere, a tal fine adottando misure legislative idonee a sanzionare penalmente la violenza contro le donne. Nello stesso anno, the *Italian Network for Women's Rights (INVR)*³⁹ ha fornito al Comitato CEDAW l'“*Alternative Report*”⁴⁰, rapporto ombra dedicato al “*failure of implementation of Article 2 and 5 of the CEDAW*”, in cui si sottolineava che le misure legislative adottate dall'Italia erano “*fragmentary e inconsistent, and more importantly, they do not ensure strict adherence to the CEDAW*” e faceva pertanto notare come il *national legal framework* risultasse incapace di offrire alle donne una effettiva protezione contro la discriminazione.

In tale direzione l'Italia ha approvato la l. 69/2019, c.d. “Codice Rosso”, la quale, al fine di garantire una più efficace e tempestiva tutela della vittima

³⁴ Si tratta di “contro-rapporti” redatti spontaneamente da ONG operanti nell'ambito di applicazione della Convenzione che possono fornire al Comitato informazioni utili a delineare il quadro della situazione di un particolare Stato nella maniera più completa ed obiettiva possibile, in quanto analizzano aspetti che solitamente i reports ufficiali forniti dagli Stati tralasciano o menzionano in maniera cursoria.

³⁵ Comitato CEDAW, *Osservazioni Conclusive relative al VII Rapporto periodico dell'Italia*, 2017, disponibile presso: tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fITA%2fCO%2f7&Lang=en

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.12 sulla violenza contro le donne*, 1989, par. 3, disponibile presso: tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5831_E.pdf

³⁸ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.19...cit.*, 1992, par. 9.

³⁹ INVR è un Gruppo di ONG italiane che include alcune delle associazioni che dirigono la piattaforma italiana “*30 Years CEDAW: Work in Progress*” e che nel 2011 hanno già coordinato lo “*Shadow Report with reference to the Sixth Periodic Report on the implementation of the CEDAW Convention submitted by the Italian Government in 2009*”. L'INVR, il cui principale obiettivo è quello di realizzare la piena attuazione in Italia della CEDAW, si sforza, attraverso il contributo di varie associazioni operanti nel campo dei diritti umani, di esortare costantemente il Governo italiano a mantenere un approccio diligente nell'adempimento dei suoi obblighi internazionali discendenti dalla CEDAW in relazione ai diritti delle donne e della comunità LGTBQI.

⁴⁰ INVR, *CEDAW Alternative Report, Italy Article 2 and article 5, With reference to the Seventh periodic report of Italy on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*, Italia, 2017, disponibile presso: tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ITA/INT_CEDAW_NGO_ITA_27687_E.pdf

dei reati di violenza domestica e di genere, interviene in prospettiva repressiva, introducendo nuove figure di reato⁴¹, aggravando il trattamento sanzionatorio di reati già esistenti e apportando modifiche al codice di procedura penale⁴², così da adeguare il nostro ordinamento alle istanze internazionali e sovranazionali⁴³ e alla sentenza del 2 marzo 2017 resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Talpis c. Italia*⁴⁴.

Nei lavori parlamentari preparatori viene fatto esplicito riferimento alla Direttiva 2012/29/UE⁴⁵, il cui “Considerando no. 6” richiama il quadro normativo internazionale sulla violenza di genere, menzionando espressamente la CEDAW, le decisioni e le raccomandazioni del Comitato e la Convenzione di Istanbul⁴⁶ del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

Alla luce di ciò possiamo affermare che la legge 69/2019 contribuisce a rafforzare l'adeguamento, da parte dell'Italia, agli obblighi derivanti dalla Convenzione in questione, sebbene sia stata adottata quasi 30 anni più tardi rispetto alla sua ratifica, risalente al 1985.

A tale proposito non si può tacere che questa rinnovata attenzione ai diritti tutelati dalla CEDAW ha avuto luogo dietro la pressione dell'opinione pubblica, visto anche l'intensificarsi del dibattito politico e sociale sul tema della violenza domestica e del femminicidio, ma soprattutto su spinta della Direttiva Europea 2012/29/UE e della Convenzione di Istanbul, le quali hanno avuto un ruolo propulsivo determinante. Lo Stato italiano, infatti, si è attivato, in primo luogo, al fine di scongiurare l'apertura da parte della Commissione europea della procedura di infrazione per mancato

⁴¹ Come ad esempio il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (nuovo art. 583-*quinquies* c.p.), il delitto di diffusione illecita, senza il consenso delle persone rappresentate, di immagini o video sessualmente espliciti (c.d. *revenge porn*, inserito all'art. 612-*ter* c.p. dopo il delitto di *stalking*), il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p.), il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis*). Inoltre, si introducono degli inasprimenti di pene per delitti già previsti, come il reato di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e ss. c.p.).

⁴² Le modifiche al c.p.p. riguardano, ad esempio, la immediata comunicazione al pubblico ministero della notizia di reato oppure l'assunzione delle informazioni dalla persona offesa entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato.

⁴³ Camera dei Deputati, Servizio Studi, *Disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere A.C. 1003, A.C. 1455, A.C. 1457*, Dossier n. 79, 2019, disponibile presso: documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0046.Pdf

⁴⁴ Corte Europea dei Diritti dell'uomo, *Talpis c. Italia*, 2017, disponibile presso:

⁴⁵ Parlamento e Consiglio Europeo, *Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, 2012, disponibile presso: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=IT

⁴⁶ Consiglio d'Europa, *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*, Istanbul, 2011, disponibile presso: www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e

recepimento della direttiva e, in secondo luogo, per evitare ulteriori condanne, dopo la sentenza sul caso *Talpis c. Italia*, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per inadempimento dell'obbligo di protezione derivante dalla Convenzione di Istanbul.

4. Il dibattito parlamentare sulle modifiche degli articoli 604 *bis* e 604 *ter* c.p.

Nelle Osservazioni conclusive al VII Rapporto sull'Italia, il Comitato ha espresso la sua preoccupazione sia in relazione alle carenze legislative in tema di violenza di genere, delle quali si è appena dato conto, sia in relazione a *“the limited effectiveness of the State party’s anti-discrimination legislation”* e a *“the unsystematic protection against discrimination afforded to lesbian, bisexual and transgender women and intersex persons”*⁴⁷, raccomandando all'Italia di rafforzare la cornice legislativa concernente l'uguaglianza di genere e l'eliminazione delle discriminazioni in ragione del sesso, del genere e dell'orientamento sessuale⁴⁸. Invero, sebbene la CEDAW faccia esplicito riferimento solo alla discriminazione basata sul sesso, termine che si riferisce alle differenze biologiche tra l'uomo e la donna, interpretando l'art. 1 in combinato disposto con gli articoli 2, lett. (f) e 5, lett. (a), si rileva che la Convenzione tratta anche la discriminazione contro le donne basata sul genere, termine che, invece, si riferisce alle identità di uomo/donna socialmente costruite⁴⁹. Dell'orientamento sessuale, invece, nella CEDAW non viene data alcuna definizione, seppure venga a più riprese sottolineata la particolare vulnerabilità delle donne appartenenti alla comunità LGBTIQ+⁵⁰.

Il Comitato, inoltre, suggeriva di modificare la legge n. 205/1993, di attuazione della Convenzione di New York del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale⁵¹, la c. d. Legge Mancino. Oggi, le disposizioni di questa legge sono confluite, in virtù della riserva di codice penale prevista nel D.lgs. n.21/2018, negli articoli 604 *bis* e 604 *ter* c.p., rispettivamente rubricati “propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa” e “circostanza aggravante”,

⁴⁷ Comitato CEDAW, *Osservazioni conclusive...cit.*, par.17 (a)-(b).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ “Il termine “genere” si riferisce alle identità socialmente costruite, ossia agli attributi e ai ruoli delle donne e degli uomini nonché al significato sociale e culturale attribuito all'interno della società a tali differenze biologiche, risultanti in rapporti gerarchici tra le donne e gli uomini e nella distribuzione del potere e dei diritti a favore degli uomini e a svantaggio delle donne. La posizione sociale delle donne e degli uomini risulta infatti influenzata da fattori politici, economici, culturali, sociali, religiosi, ideologici e ambientali e può essere modificato dalla cultura, dalla società e dalla comunità” Cfr. Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n. 28...cit.*, par. 5.

⁵⁰ *Ibid.* par 3, 18.

⁵¹ UNGA, *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, 1966, disponibile presso: www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx

senza peraltro menzionare affatto i motivi di genere, sesso o orientamento sessuale.

Anche lo *Shadow report* dell'INVR del 2017⁵² faceva notare che le discriminazioni basate sul sesso, sul genere e sull'orientamento sessuale sono gli unici tipi di discriminazione non rilevanti nel diritto penale italiano e, pertanto, giungendo alle stesse conclusioni del Comitato, suggeriva di estendere l'ambito di applicazione della legge Mancino⁵³.

Oggi queste sollecitazioni sembrano avere sortito effetto, in quanto la Camera dei Deputati ha approvato il D.d.l Zan⁵⁴, il cui esame in Senato, alla data dell'8 Aprile 2021, tuttavia, deve ancora iniziare e i cui esiti sono, dunque, ancora incerti. La proposta di testo unificato⁵⁵ del relatore Zan mira ad estendere le fattispecie delittuose di cui agli artt. 604 *bis* e 604 *ter*⁵⁶ del codice penale a condotte motivate non solo dall'odio etnico, razziale, religioso e nazionale, ma anche da nuovi motivi, ossia il sesso, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere⁵⁷ e la disabilità⁵⁸. In particolare, il D.d.l. in questione prevede di intervenire sul reato di istigazione, punito dall'art 604 *bis* c.p., includendo anche i nuovi motivi appena menzionati. Allo stesso modo, all'art. 604 *ter* c.p., che contiene la circostanza aggravante comune⁵⁹ applicabile ai reati "commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità", verrebbero aggiunti gli ulteriori motivi del sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità⁶⁰.

⁵² INVR, *CEDAW Alternative Report ...*, cit..

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Senato della Repubblica, *Disegno di legge n. 2005, 2020*, disponibile presso: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01179390.pdf

⁵⁵ Alla proposta di Zan sono state accorpate prima le proposte C. 107 (Boldrini) e C. 868 (Scalfarotto) e, poi, quelle C. 2255 (Bartolozzi) e C. 2171 (Perantoni).

⁵⁶ Camera dei Deputati, *Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere A.C. 107, A.C. 569, A.C. 868, A.C. 2171, A.C. 2255*, Dossier Leg. 18, 2020, disponibile presso: documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0109a.Pdf

⁵⁷ Per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso. Nella CEDAW non si rinviene alcuna distinzione tra i concetti di identità di genere e genere.

⁵⁸ Per completezza diamo atto della rilevanza anche dell'ulteriore motivo di discriminazione rappresentato dalla disabilità, che in questa sede ci riserviamo di non trattare, in quanto esula dall'ambito di applicazione della CEDAW, dal momento che la protezione dei disabili è oggetto di un diverso Trattato, ossia della Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità del 2006.

⁵⁹ Si precisa che il 604 *ter* c.p. è una circostanza comune nel senso che è applicabile a qualsiasi reato punito con pena diversa dall'ergastolo ma ad effetto speciale in quanto prevede un aumento della pena base fino alla metà.

⁶⁰ Seppure si ritenga che si tratti di una circostanza oggettiva, la giurisprudenza appare divisa su cosa debba intendersi per motivi, ossia se vadano considerati come pulsioni interne oppure se sia necessaria una qualche loro esternazione, consistente nel disconoscimento d'eguaglianza, ovvero nell'affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui. Pertanto, l'odio o la discriminazione, intesa secondo la nozione

Tramite queste modifiche⁶¹ l'Italia attuerebbe l'obbligo di protezione di cui all'art. 2, lett. (b) della CEDAW, motivo per cui richiamare la Convenzione *de quo* e gli obblighi internazionali da esso discendenti nel dibattito parlamentare sarebbe utile al fine di coagulare il consenso anche dei parlamentari⁶² più riluttanti alla modifica sulla necessità di questa riforma. Nei lavori preparatori del Parlamento⁶³, invece, si riscontra *incidenter tantum* un riferimento solo alla già citata Convenzione di New York sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, mentre la CEDAW, strumento principe nella lotta all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, non viene menzionata.

5. *Segue: l'assenza delle discriminazioni intersezionali*

Altra questione da affrontare riguarda l'intersezionalità⁶⁴, ossia l'intersecazione, il cumulo, di fattori di discriminazione⁶⁵, definita come “[...] a basic concept for understanding the scope of the general obligations of States parties contained in article 2”⁶⁶. Essa non è esplicitamente richiamata dalla

contenuta nell'art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, dovrebbero costituire non i motivi, ma le finalità dell'azione, il cui obiettivo di discriminazione e di odio deve essere percepibile all'esterno dal destinatario dell'azione criminosa ed eventualmente anche da terzi estranei. Cfr. Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, dep. 5 dicembre 2005, n. 44295 e Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2006, dep. 22 dicembre 2006, n. 42258.

⁶¹ Senza soffermarsi in questa sede sui profili di compatibilità della novella con il diritto di libertà di espressione e con i principi vigenti in ambito penale, quali il principio di legalità e di irretroattività, qui preme sottolineare che la modifica di queste fattispecie, come rilevato anche in dottrina, soddisferebbe il principio di precisione, in quanto vengono utilizzati elementi descrittivi come sesso, orientamento sessuale e identità di genere, che non necessitano di ulteriori definizioni positive, dal momento che si rinviengono in diverse fonti legislative extra-penali, come ad es. nel D.lgs. 196/2003 sulla privacy, nel D.lgs. 216/2003 sull'occupazione e condizioni di lavoro, nonché nel D.lgs. 123/2018 sull'ordinamento penitenziario. Cfr. M. Naddeo, *Discriminazione sessuale e concretezza dell'offesa: estetica dell'odio e tutela penale nelle proposte di legge al vaglio della Commissione Giustizia*, in “Penale Diritto e Procedura”, 1 (2020).

⁶² Il testo è stato approvato dalla Camera dei Deputati con 265 voti favorevoli, 193 contrari e un'astensione.

⁶³ Camera dei Deputati, *Modifiche agli articoli...cit.*

⁶⁴ K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in “U. CHI. LEGAL F.” 139 (1989), 150-152.

⁶⁵ I riferimenti all'intersezionalità sono presenti, oltre che nella *GR no. 28* CEDAW, anche in vari strumenti internazionali, come ad esempio la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ove, all'art. 6, si riconosce che «le donne e le minori con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple», o la Raccomandazione n. 32 del CERD del 2009, che chiarisce l'ambito applicativo dell'art. 1.1. della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Nell'ambito del Consiglio d'Europa l'unico richiamo si trova nel caso *BS vs. Spain*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce la particolare vulnerabilità della ricorrente, la quale aveva subito attacchi razzisti a causa del colore della sua pelle e dello svolgimento dell'attività di prostituta, e dunque in quanto donna e di colore.

⁶⁶ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n. 28...cit.*, par. 18.

Convenzione, ma il Comitato nella *GR no.28* afferma che la discriminazione delle donne sulla base del sesso e del genere è indissolubilmente legata ad altri fattori, come razza, etnia, religione o credo, salute, stato civile, età, classe, casta, orientamento sessuale⁶⁷. Il Comitato, infatti, ha osservato che, oltre alle differenze biologiche tra donne e uomini, "ci sono fattori sociali che determinano lo *status* delle donne e degli uomini e che possono variare tra le donne stesse" rendendole vulnerabili sotto più profili. Di conseguenza, si dovrebbe prestare particolare attenzione ai bisogni e ai diritti delle donne appartenenti a gruppi svantaggiati, come le donne migranti, le rifugiate, le bambine e le anziane, le donne che si prostituiscono, le donne con disabilità fisiche o mentali, le donne appartenenti a minoranze etniche o sessuali, e, infine, le donne in carcere⁶⁸.

Il Comitato ricorda anche che gli Stati, ratificando la Convenzione, hanno accettato che tutti i poteri dello Stato, incluso il potere legislativo⁶⁹, perseguano "a *policy of eliminating discrimination against women*"⁷⁰, riconoscendo le donne "*within the jurisdiction of the State party (including non-citizen, migrant, refugee, asylum-seeking and stateless women) as rights-bearers, with particular emphasis on the groups of women who are most marginalized and who may suffer from various forms of intersectional discrimination*"⁷¹.

Ebbene, di fronte a tali vulnerabilità, senz'altro più marcate, gli Stati parte "*must legally recognize such intersecting forms of discrimination and their compounded negative impact on the women concerned and prohibit them*"⁷².

L'uso dei verbi "*must*" e "*prohibit*", utilizzati dal Comitato nella sua interpretazione dell'art. 2 CEDAW⁷³, suggerisce l'esistenza di un obbligo a che gli Stati riconoscano queste forme di discriminazione che si intersecano tra di loro e il loro "impatto negativo combinato sulle donne" e le proibiscano. Inoltre, l'utilizzo dell'aggettivo "*compounded*" (letteralmente "aggravata") fa pensare che sia la combinazione di più fattori ad aggravare l'effetto discriminatorio sulla donna, giustificando con ciò il dovere di proibire la discriminazione intersezionale.

A tale riguardo occorre riflettere sul valore giuridico delle *General Recommendations* del Comitato. Tali atti, pur non essendo giuridicamente vincolanti in senso stretto, possono essere considerati interpretazioni autorevoli della Convenzione⁷⁴. Infatti, il loro *status* giuridico formale deve essere valutato rispetto alla loro fonte, che, in questo caso, è il Comitato,

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ M.A. Freeman, *op. cit.*, 178-179.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 25.

⁷⁰ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.28...cit.*, par. 24

⁷¹ *Ibid.*, par. 26.

⁷² Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.28...cit.*, par. 18.

⁷³ Come già ricordato, il Comitato ha il potere di interpretare autoritativamente le norme della CEDAW ai sensi dell'art. 21 della Convenzione stessa.

⁷⁴ A. Hellum - I. Ikdahl, *art. cit.*, par. 20.

“istituito specificamente per supervisionare l'applicazione del trattato”⁷⁵. La Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che si “dovrebbe attribuire particolare peso” alle interpretazioni fornite del Comitato per i diritti umani in relazione al Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷⁶. Per analogia, questo “particolare peso” deve essere attribuito anche alle *General Recommendations*, atti interpretativi del Comitato CEDAW⁷⁷. Secondo una parte della dottrina infatti “*they are not legally binding in the strict sense, but may, depending on their quality and relevance, be considered authoritative interpretations of the treaty and have been so viewed by national and international courts*”⁷⁸.

Alla luce di queste considerazioni, il contenuto dell’obbligo di protezione discendente dalla CEDAW deve essere necessariamente ricostruito alla luce della *GR no. 28*.

Per tale motivo ci sembra, dunque, di poter affermare che non dare rilevanza all’intersezione di fattori di discriminazione costituisca inadempimento dell’obbligo dall’art. 2, lett. (b) CEDAW.

Si deve inoltre ricordare che il Comitato nelle Osservazioni Conclusive al VII Rapporto sull’Italia, avendo notato la “*insufficient integration of the prohibition of intersecting forms of discrimination into national laws and public policies*”⁷⁹, ha espresso la sua preoccupazione e ha raccomandato “[*to*] amend article 3 of the Constitution and Act No. 205/1993 to protect lesbian, bisexual and transgender women and intersex persons from intersecting forms of discrimination or hate crimes” e “[*to*] ensure that intersecting forms of discrimination are adequately addressed by courts, including through training for judges and lawyers”⁸⁰, con ciò suggerendo che sia i giudici che gli avvocati dovrebbero ricevere una adeguata formazione specialistica sulle tematiche di genere. In altre parole, il Comitato ha raccomandato di intervenire sulla l. 205/1993, la legge Mancino, e dunque, di conseguenza, sugli articoli 604 *bis* e *ter* c.p., i quali ne costituiscono la trasposizione codicistica.

Una volta riscontrato che la proibizione di forme intersezionali di discriminazione non è sufficientemente tenuta in considerazione, possiamo concludere che l’assenza di una prospettiva intersezionale rappresenta un limite per il diritto penale italiano⁸¹. In tale senso, la modifica degli artt. 604

⁷⁵ La ICJ in relazione al Comitato per i diritti umani specifica che “*Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled*” in ICJ, *Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo*, 2010, par. 66.

⁷⁶ ICJ, *Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo*, 2010, par. 66.

⁷⁷ M. A. Freeman, *op. cit.*, 140.

⁷⁸ A. Hellum - I. Ikdahl, *art. cit.*, par. 20.

⁷⁹ Comitato CEDAW, *Osservazioni Conclusive...cit.*, par.17 (d).

⁸⁰ *Ibid.*, par. 18 (b)-(d).

⁸¹ B. G. Bello, *Le discriminazioni di genere nel diritto italiano*, in “Diritto & Questioni Pubbliche”, 15(2015), 160.

bis e 604 *ter* c.p. avrebbero potuto rappresentare l'occasione per "ripensare intersezionalmente il diritto"⁸², sebbene si tratti un'operazione difficile in quanto richiede l'adozione di un approccio evolutivo nel "modo di scrivere il diritto, di leggere i fatti sociali e di narrarli"⁸³. La richiesta del Comitato CEDAW, tuttavia, è rimasta inevasa tanto che, tranne un timido accenno⁸⁴, qualsivoglia richiamo alle discriminazioni intersezionali appare assente nel dibattito politico-legislativo italiano.

L'art.604 *ter* c.p., sia nella sua attuale formulazione che in quella emersa dai lavori parlamentari, richiama molteplici fattori di discriminazione, ma non tiene conto del loro cumulo, che, invero, aggrava la posizione della vittima del reato e connota la condotta di maggiore offensività. Il trattamento sanzionatorio, infatti, anche qualora ricorrano più motivi, ad esempio sia la razza che il sesso, rimane inalterato. Si potrebbe obiettare che il bene giuridico protetto è, comunque, uno soltanto, ossia la dignità umana, per cui aggravare ulteriormente la pena significherebbe violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale. Al riguardo, tuttavia, si potrebbe anche eccepire che l'art.604 *ter* c.p. non è posto a tutela della dignità umana unitariamente intesa, ma protegge tanti beni giuridici quante sono le dimensioni della persona umana. Esso, infatti, andrebbe a tutelare, in aggiunta alla libertà di manifestazione della propria religione e alla dignità umana senza distinzione di razza o etnia, la libertà della persona di autodeterminarsi in relazione al sesso, al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere⁸⁵.

6. *Segue*: le possibili soluzioni per assegnare rilevanza penale all'intersezionalità

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, sembra inevitabile chiedersi come sia possibile rendere rilevante in ambito penale l'intersezionalità.

Una via potrebbe essere quella di intervenire ora, in sede di approvazione della proposta di legge, con un emendamento che preveda di aggiungere al 604 *ter* c.p. un ulteriore comma, che stabilisca un aumento dalla metà fino a due terzi qualora concorrano più fattori di

⁸² *Ibid*, 164.

⁸³ *Ibid*.

⁸⁴ M. Amico, *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, Roma, 2020, 3, disponibile presso: www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/003/708/Osservazioni_prof.ssa_Marilisa_D_Amico.pdf, ricorda come sia necessario considerare che i fattori di discriminazione si intersecano sempre più anche nel linguaggio, rischiando di determinare casi di doppia e multipla discriminazione, e porta ad esempio il caso della senatrice Liliana Segre, colpita dal fenomeno dell'*hate speech* in modo particolarmente grave, perché donna e perché ebrea.

⁸⁵ F. Filice, *Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *Questione Giustizia*, (2020), 4.

discriminazione⁸⁶. In altre parole, dovrebbe essere la stessa norma di parte speciale a disciplinare il cumulo di circostanze aggravanti. Questa opzione presuppone che il 604 *ter* c.p. sia considerato come una disposizione a più norme poste a protezione di beni giuridici diversi, ossia considerando ogni motivo di discriminazione come un'aggravante a sé e, come tale, determinante un aumento fino alla metà della pena massima. Un simile intervento, è conforme al principio di legalità, sancito dall'art. 25 co. 2 COST., in virtù del quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge. Inoltre, il 604 *ter* c.p., nelle parti in cui costituisce una nuova incriminazione, troverebbe applicazione solo relativamente ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore, alla stregua del principio della irretroattività sfavorevole, di cui all'art. 2 co. 1 c.p. e art. 25 co.2 COST..

Altra strada percorribile, sicuramente meno impervia, e anche maggiormente immune da critiche circa la compatibilità con i principi vigenti in ambito penale come il *ne bis in idem* sostanziale o il principio di offensività, è offerta dall'art.133 c.p., secondo cui il giudice nel determinare l'ammontare della pena, dovrebbe tenere conto che in concreto sono presenti contemporaneamente più fattori di discriminazione e aumentarla conseguentemente all'interno della cornice edittale.

Da una parte, utilizzare lo strumento del 133 c.p. sarebbe in linea con la raccomandazione del Comitato, che invitava l'Italia ad assicurarsi che la intersezionalità fosse adeguatamente presa in considerazione dalle corti nazionali⁸⁷, sebbene vi sia il rischio di una certa discrezionalità da parte del giudice.

In conclusione, diversi sono gli strumenti che si potrebbero utilizzare, per cui la risposta al quesito che ci siamo precedentemente posti non appare univoca.

⁸⁶ Come rilevato dallo European network of legal experts in gender equality and non-discrimination (Isabelle Chopin and Catharina Germaine, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*, Brussels, 2017, disponibile presso:

op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/36c9bb78-db01-11e7-a506-01aa75ed71a1, in Croazia la discriminazione multipla è una delle quattro forme "gravi" di discriminazione e deve essere considerata quando si valuta l'ammontare dei danni immateriali. Sia in Montenegro che in Serbia la discriminazione multipla viene considerata una forma di discriminazione particolarmente grave, tanto che è esplicitamente vietata, e, alla stessa stregua, viene giudicata anche in Macedonia e in Slovenia, Stato, quest'ultimo, nel quale è rilevante per la determinazione dell'importo del risarcimento o nella determinazione dell'importo dell'ammenda. In Romania nel 2020 è stato presentato un disegno di legge volto a sanzionare le discriminazioni intersezionali, che, se fosse approvato, renderebbe la Romania il primo Stato Europeo a definire e proibire esplicitamente la discriminazione intersezionale, considerando la presenza simultanea di più fattori come circostanza aggravante, come riportato dalla Deaconess Foundation, *A Draft Law Prohibiting Intersectional Discrimination Discussed by the Romanian Parliament*, 2020, disponibile presso: www.hdl.fi/en/blog/2020/12/11/a-draft-law-prohibiting-intersectional-discrimination-discussed-by-the-romanian-parliament/

⁸⁷ Comitato CEDAW, *Osservazioni Conclusive ...cit.*, par. 18 (d).

Riteniamo, tuttavia, che sarebbe preferibile seguire la prima delle soluzioni prospettate, ossia quella che prevede di intervenire direttamente sulla fattispecie, così da garantire maggiore certezza del diritto. Nel giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionali dovrebbe, infatti, prevalere il principio di uguaglianza e ragionevolezza, sancito dall'art. 3 COST., in quanto sarebbe illogico punire allo stesso modo chi pone in essere un reato con finalità discriminatorie per motivi di genere e razza, e chi lo perpetra solo per motivi razziali, visto che la prima condotta è dotata di maggiore carica offensiva.

7. Scenari di responsabilità internazionale dello Stato italiano

Da ultimo, ci si deve interrogare se la mera esistenza di una legge che non tenga in debito conto la discriminazione per motivi di sesso, di genere, orientamento sessuale e identità di genere considerati in sé e per sé o in combinazione con altri fattori, determini la violazione dell'obbligo internazionale di protezione previsto dall'art. 2 CEDAW e la conseguente responsabilità internazionale del nostro Stato, in base al progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati⁸⁸, adottato dalla Commissione del Diritto internazionale nel 2001 e ampiamente corrispondente al diritto internazionale generale.

Nello specifico, al par. 9 della *GR no. 28* si afferma che gli Stati parte sono responsabili dell'attuazione degli obblighi previsti dall'articolo 2, per cui rispondono di tutti gli atti o le omissioni di ogni loro organo⁸⁹. La CEDAW, come già sopra ricordato⁹⁰, impone agli Stati contraenti di eliminare le leggi discriminatorie⁹¹, così che gli Stati che emanano o non abrogano tali disposizioni non agiscono in conformità con gli obblighi derivanti dalla Convenzione⁹².

Tuttavia, al fine di stabilire se la mera esistenza di una legge possa comportare la responsabilità internazionale dello Stato, si deve procedere al vaglio di due requisiti⁹³.

Il primo riguarda il contenuto e l'importanza, ossia il rango della norma primaria da cui deriva l'obbligo di cui si discute la violazione. Lo *Special Rapporteur Crawford*, nel *Second Report on State Responsibility*⁹⁴, infatti, afferma che “*whether the enactment of inconsistent legislation constitutes*

⁸⁸Commissione del diritto internazionale, *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati*, 2001, disponibile presso:

legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf

⁸⁹ Comitato CEDAW, *Raccomandazione Generale n.28...cit.*

⁹⁰ Si veda *supra*, par.3.

⁹¹ I. Boerefijn, *art. cit.*, 172.

⁹² *Ibid.*, 172.

⁹³ *Ibid.*, 172-175.

⁹⁴ J. Crawford, Relatore Speciale, *Secondo rapporto sulla responsabilità degli Stati*, 1999, par. 78, disponibile presso, legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_498.pdf

*itself a breach of international law depends on the content and importance of the primary rule*⁹⁵.

Il secondo requisito, invece, concerne la capacità della legge in questione di incidere, anche solo potenzialmente, sui diritti individuali. A tale proposito, nel *Second Report* appena citato si legge che *“legislation itself, provided that it is directly applicable to individuals or that its application is directly threatened, can constitute a breach of the convention concerned”*⁹⁶. Questo requisito, nel quadro degli *individual complaints*, viene inteso in senso concreto, dal momento che i ricorrenti devono dimostrare di essere vittime effettive della violazione, mentre nelle *reporting procedures* si declina in termini meramente potenziali, visto che *“each woman subject to the jurisdiction of the State in which these laws exist, can be considered a (potential) victim”*⁹⁷.

Ed è proprio tramite la *reporting procedure* che il Comitato valuta la conformità in astratto delle leggi interne agli obblighi stabiliti dalla CEDAW⁹⁸, adottando Osservazioni Conclusive, come quelle fornite dal Comitato in occasione del Settimo Rapporto presentato dall'Italia. Queste osservazioni non sono decisioni formali, ma rivestono lo *status* di raccomandazioni che, sebbene non giuridicamente vincolanti, non possono essere ignorate. Nel momento in cui il Comitato riscontra la violazione di un obbligo internazionale, tale rilievo è stato inteso in dottrina come *“an indication of a State party being under a legal obligation to remedy the situation”*⁹⁹, visto che le disposizioni della Convenzione sono vincolanti e devono essere rispettate dagli Stati contraenti, tra l'altro assicurando la conformità della legislazione nazionale alla Convenzione *de quo*¹⁰⁰.

Alla luce di ciò, la raccomandazione del Comitato di modificare la legge Mancino e, quindi, di intervenire sul codice penale non può rimanere inevasa¹⁰¹. Qualora non venisse approvato il D.d.l. Zan, il 604 *bis* e il 604 *ter* c.p. rimarrebbero invariati e il giudice penale, in virtù del principio di legalità, consacrato nell'art. 25 della Costituzione, non potrebbe mai prendere in considerazione la discriminazione basata sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale e sulla identità di genere.

A questo punto occorre domandarsi se da ciò potrebbe derivare la responsabilità internazionale dello Stato italiano.

Per rispondere a tale quesito occorre effettuare il duplice vaglio dei requisiti cui sopra si accennava¹⁰². Per quanto riguarda il primo, ossia quello relativo al rango della norma che è posta a fondamento dell'obbligo

⁹⁵ *Ibid.*, par. 78.

⁹⁶ *Ibid.*, par. 73.

⁹⁷ I. Boerefijn, *art. cit.*, 202.

⁹⁸ *Ibid.*, 200.

⁹⁹ M. Scheinin, *International Mechanisms and Procedures for Implementation*, in R. Hanski and M. Suksi, eds., *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku, 1999, 444 e I. Boerefijn, *art. cit.*, 194.

¹⁰⁰ I. Boerefijn, *art. cit.*, 194.

¹⁰¹ Comitato CEDAW, *Osservazioni Conclusive...cit.*, par. 18.

¹⁰² Si veda *supra*, par.8.

internazionale, esso risulta soddisfatto, in quanto l'obbligo dello Stato di adottare le misure legislative, comprese le sanzioni, idonee ad eliminare “*all discrimination against women*” è previsto in modo chiaro e incondizionato dall'art. 2, lett. (b) della CEDAW. Questo articolo è stato definito dallo stesso Comitato come “*crucial to the full implementation of the Convention, since it identifies the nature of the general legal obligations of States parties*” e la circostanza che la CEDAW sia stata ratificata da 189 Stati, ne conferma l'ampio accoglimento da parte della comunità internazionale.

Risulta, altresì, evidente che anche l'altro requisito, ossia quello relativo alla capacità della legge di incidere potenzialmente sui diritti individuali, appare essere presente: l'assenza di una legge che vieti la discriminazione basata sul sesso, genere ed orientamento sessuale priva, infatti, di adeguata protezione giuridica le vittime di atti discriminatori.

Si ritiene a tale proposito che, sebbene la CEDAW non definisca nel dettaglio il contenuto che la legislazione domestica deve avere, tuttavia è evidente “*what it may not be: discriminatory within the meaning of Article 1, or failing to guarantee equality in and before the law*”¹⁰³.

La mera esistenza di una legge che non vieta la discriminazione per determinati motivi, infatti, finisce per giustificarla e fallisce nel garantire quella *equality in and before the law*, in quanto dall'esistenza di una legge che vieta soltanto atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi, si può desumere che quegli stessi atti, se posti in essere per altri motivi, come il genere, sesso o orientamento sessuale, sarebbero leciti.

È del tutto evidente che tale approdo, alla luce del divieto di non discriminazione, che trova il suo stesso fondamento nella CEDAW, sarebbe inaccettabile e determinerebbe la responsabilità sul piano internazionale dello Stato che ha adottato una siffatta norma.

In conclusione, qualora il disegno di legge non fosse approvato, le corti nazionali non potrebbero supplire a una tale mancanza, utilizzando lo strumento dell'interpretazione conforme ai trattati internazionali¹⁰⁴, in quanto interpretare estensivamente queste norme sarebbe lesivo del principio di legalità. Anche una qualsiasi censura da parte della Corte Costituzionale sarebbe preclusa in quanto sono vietati interventi *in malam partem* volti ad estendere l'ambito di applicazione di fattispecie penali¹⁰⁵.

¹⁰³ I. Boerefijn, 200-201.

¹⁰⁴ La sentenza “gemella” n. 349/ 2007 C. Cost., ha aggiunto che “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire [la Corte costituzionale] della relativa questione di legittimità costituzionale”. Cfr. G. Palmisano, *art. cit.*, 19.

¹⁰⁵ La riserva di legge ex art. 25 co. 2 COST. esclude che attraverso il sindacato sulle norme incriminatrici la Corte Costituzionale possa produrre un effetto in *malam partem*, come ampliare la gamma dei comportamenti penalmente rilevanti. Cfr. M. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Milano, 2017, 64 ss.

Pertanto, la mancata inclusione, nella legislazione penale italiana, dei motivi di discriminazione fondati sul sesso, sul genere e sull'orientamento sessuale costituirebbe un inadempimento dell'obbligo internazionale discendente dall'art. 2 CEDAW.

Ciò detto, va aggiunto che, anche qualora il D.d.l. Zan fosse approvato, bisognerebbe comunque chiedersi se, vista l'assenza delle discriminazioni intersezionali, persista la parziale responsabilità internazionale del nostro Stato.

Infatti, l'art. 2, come interpretato dal Comitato e come esplicitato nelle Osservazioni conclusive al VII Rapporto sull'Italia, richiede che sia proibita la discriminazione intersezionale, alla quale, invece, non si rinviene alcun riferimento nel D.d.l. Zan. Nè si può obiettare che l'adempimento in questo caso sarebbe implicito, dal momento che non solo la CEDAW non è stata assunta come fondamento della proposta di legge, circostanza irrilevante alla luce del principio di neutralità¹⁰⁶, ma la discriminazione intersezionale non appare nemmeno emergere in concreto.

Se da una parte è vero che questa forma di discriminazione non viene richiamata dalla CEDAW, ma solo dal Comitato nella sua interpretazione degli obblighi di cui all'art. 2, dall'altra occorre ricordare che il Comitato nella *GR no. 28* fornisce una interpretazione autorevole del contenuto di tali obblighi¹⁰⁷, affermando che la intersezionalità è un concetto imprescindibile per comprenderne la portata e che gli Stati devono riconoscerla e proibirla. Inoltre, non tenere conto della intersezione dei fattori di discriminazione incide potenzialmente sulle vittime di atti discriminatori, visto che costoro non ricevono una tutela rafforzata.

Alla luce di ciò, seppur consci del carattere evolutivo di un tale approccio, ci sembra di poter affermare che dall'assenza della discriminazione intersezionale nel D.d.l. Zan, potrebbe derivare un parziale inadempimento dell'obbligo internazionale di protezione fissato dall'art. 2, lett. (b) come interpretato nella *GR no.28*.

8. Considerazioni conclusive

Dalla disamina fin qui svolta, ci sembra che sia emerso come l'Italia non consideri adeguatamente gli obblighi derivati dalla CEDAW.

Se infatti, da una parte, si potrebbe obiettare che con la emanazione della l. 69/2019 è stata data ulteriore attuazione alla CEDAW, dall'altra dobbiamo sottolineare che tale Convenzione è stata ratificata nel 1985, per cui lo Stato italiano si è mosso con eccessivo ritardo e, peraltro, solo dopo l'emanazione della Direttiva Europea del 2012 e dopo la ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla violenza di genere, al fine di evitare rispettivamente la procedura di infrazione della Commissione

¹⁰⁶ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011.

¹⁰⁷ Si veda *supra*, par.6.

europea ed eventuali condanne da parte della Corte EDU. Nonostante ciò, non si può negare che l'Italia abbia, ad oggi, parzialmente adempiuto i suoi obblighi di protezione *ex art. 2 CEDAW* in merito alla violenza di genere.

Tuttavia, a testimonianza di come sia stata data solo in parte attuazione a tale Convenzione, manca ancora una legislazione organica che vieti la discriminazione basata anche su motivi di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere. Il dibattito parlamentare sul punto, come già fatto notare, è acceso, ma la CEDAW, strumento principe nella lotta alla discriminazione, non viene utilizzata nemmeno per sottolineare l'esistenza di obblighi internazionali che spingono in direzione dell'approvazione di una legge al riguardo. Torna, dunque, prepotente l'idea di una Carta dimenticata, disponibile ma non utilizzata.

Se il D.d.l. Zan non venisse approvato, ci troveremmo, dunque, di fronte ad una violazione ancora più ampia da parte dell'Italia degli obblighi CEDAW e alla sua perdurante responsabilità sul piano internazionale.

Speranzosi, per questo, che in ultima istanza la proposta diverrà legge e che le contingenze politiche non influiscano sul suo *iter* di approvazione, ci si chiede se questa riforma sia sufficiente a dare piena attuazione all'obbligo di protezione sancito dall'art. 2 CEDAW, come interpretato nella *GR no. 28*. A tale proposito, si lascia aperto il seguente interrogativo, ossia se l'assenza di qualsivoglia richiamo all'intersezionalità renderebbe comunque inadempiente lo Stato italiano.

Pur consapevoli della novità del concetto in questione, della mancanza di una omogeneità di visioni sul tema e dei timidi riferimenti sul piano internazionale, riteniamo, in un'ottica evolutiva, di poter affermare che lo Stato italiano risulti, stante la irrilevanza della intersezionalità nel nostro diritto penale, non ancora pienamente adempiente dell'obbligo di protezione, che implica l'adozione di una legge effettivamente in grado di reprimere le discriminazioni basate sul sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, anche in combinazione con altri fattori.

Per queste ragioni, la nostra riflessione si chiude con l'auspicio che il nostro Stato “ripensi intersezionalmente il diritto”¹⁰⁸ penale antidiscriminatorio.

Chiara Cardinali
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Roma Tre
chiara.cardinali@uniroma3.it

¹⁰⁸B. G. Bello., *Le discriminazioni di genere nel diritto italiano*, in “Diritto & Questioni Pubbliche”, 15(2015), 164.