

Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio

*Maria (Milli) Virgilio**

1. Generalità. I delitti di discriminazione

La progressiva valorizzazione del diritto antidiscriminatorio ha condotto all'utilizzo in materia anche dello strumento del diritto penale. Proprio l'inquadramento del diritto alla non discriminazione come diritto fondamentale della persona ha comportato di ritenerlo meritevole di tutela penale, soprattutto sotto la spinta di varie fonti giuridiche sovranazionali (per tutte la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale). Ovviamente si è trattato di bilanciare attentamente il principio di eguaglianza e il diritto alla non discriminazione con altri diritti e beni – anch'essi fondamentali - che si prospettano pertanto come potenzialmente conflittuali: sono quelli di manifestazione del pensiero, di associazione, di religione, e altri tipici delle società democratiche e pluraliste.

Storicamente, nel nostro sistema giuridico, l'intervento penale si è realizzato con tecniche diverse per i vari fattori di discriminazione. Nonostante che il genere sia stato il primo fattore di discriminazione in evidenza normativa (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), il diritto penale discriminatorio si è costruito invece sul modello del fattore razziale. Penalisticamente infatti dobbiamo partire dalla l. n. 654/1975, intitolata "Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966", il cui art. 3 verrà aggiornato nel 1993 (cd. legge Mancino n. 205/1993, ritoccata nel 2006) e approderà all'attuale testo degli artt. 604 bis e 604 ter del codice penale (in forza della cd. riserva di codice, attuata con d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21). Si considerino anche le modifiche di cui all'art.5 l. 20 novembre 2017 n. 167 Disposizioni per la completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

Tali due disposizioni del codice penale costituiscono il modello penale attuale per i

* *Avvocata del Foro di Bologna, pres. Ass. GIUDIT, Giuriste d'Italia.*

delitti di discriminazione, impostato su un doppio binario, costituito da una parte da varie fattispecie punitive elencate – appunto - all’art. 604 bis (che punisce condotte alquanto eterogenee: propaganda ovvero istigazione a commettere o commissione di atti di discriminazione; violenza o atti di provocazione alla violenza; incitamento alla discriminazione o alla violenza) e – dall’altra - dalla aggravante generale dell’art. 604 bis (applicabile ai reati punibili con pena diversa da quella dell’ergastolo, commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso). I motivi di rischio qui contemplati sono quelli “razziali, etnici, nazionali o religiosi”. Ma a questo modello si sono riagganciate oggi varie proposte legislative, per ricomprendervi altri fattori di discriminazione: omofobia e transfobia (anche sulla scorta delle Risoluzioni sull’omofobia del Parlamento Europeo 2006 e 2012). Inoltre, al momento in cui scriviamo, è aperta in Parlamento la discussione se aggiungere altri motivi a quelli razziali, etnici, religiosi, e cioè anche quelli “fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere”.

La tutela penalistica è rafforzata sul versante civile e amministrativo dagli artt. 43 e 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che definivano la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (diretta e indiretta) e approntavano l’azione civile contro la discriminazione.

Per quanto concerne il profilo penale relativo ad altri diversi fattori di discriminazione, occorre riferirsi alle specifiche discipline di settore. Scorrendo le fonti legislative che vengono a costituire un ideale “Codice di diritto antidiscriminatorio” (vedi l’elenco dei titoli di legge, presentato in questo volume) troviamo un apparato penale diffuso, per esempio in tema di disabilità e maternità. Quanto al fattore del genere, dedicheremo un’espressa trattazione alla normativa penale di contrasto alla violenza contro le donne basata sul genere, perché ormai definita giuridicamente e espressamente come una forma di discriminazione. Infine occorrerà trattare molestie e molestie sessuali (in ambito di lavoro e non), anch’esse considerate una forma di discriminazione, che hanno finora avuto una attenzione ridotta da parte del sistema penale.

Il contesto di questo nostro esame dei profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio vede l’indicazione sopranazionale orientarsi nella direzione di un ampliamento della protezione antidiscriminatoria. Così l’Unione europea ha ampliato la tutela di tipo lavoristico rispetto al genere, adottando, nel 2000, le seguenti direttive: la n. 2000/43/CE del 29 giugno che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica e la n. 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro e per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali (tale Direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età

o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento).

Tali due direttive antidiscriminatorie n. 2000/43 e 2000/78 sono state recepite in Italia con i due d.lgs. n. 215/2003 (Attuazione della Direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e n. 216/2003 (Attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale).

A tale allargamento non ha finora corrisposto da parte del nostro sistema un utilizzo della strumentazione penale, nonostante - come vedremo - le convenzioni del Consiglio d'Europa e le direttive dell'Unione Europea formulino alcune chiare indicazioni di penalizzazione degli illeciti in materia.

2. La violenza contro le donne basata sul genere come forma di discriminazione

Oggi la violenza contro le donne basata sul genere viene qualificata - anche nei testi normativi interni - come una forma di discriminazione.

Per il nostro ordinamento giuridico due sono i testi sovranazionali di riferimento. Il primo è stato adottato dal Consiglio d'Europa, la Convenzione di Istanbul 11 maggio 2011 «Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence» ed è stata ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» (così la corrente traduzione in italiano). Ma è importante considerare anche il secondo testo, questa volta dell'Unione Europea, e cioè la «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», cui l'Italia si è adeguata con il decreto legislativo di attuazione 15 dicembre 2015, n. 212.

È appunto nella Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa per prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica (traduzione nostra del titolo) che troviamo la più recente definizione normativa della «violenza contro le donne»:

“si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata”.

La Convenzione definisce anche la «violenza contro le donne basata sul genere», che

“designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato», nonché la «violenza domestica»¹, che “designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”.

Diversa è la scelta definitoria praticata da parte dell’Unione Europea. Infatti la Direttiva 2012/29/UE sulle vittime utilizza una diversa concettualizzazione, quella di «violenza di genere», costruita con riferimento alla persona e alla vittima, e dunque non solo alle donne:

“Per violenza di genere s’intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l’aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d’onore». Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un’assistenza e protezione speciali a motivo dell’elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza”.

258

Dunque, entrambi i testi europei, sia quello del Consiglio d’Europa sia quello della Unione, inquadrano la violenza contro le donne come una forma di discriminazione (oltre che come violazione dei diritti umani e/o delle libertà fondamentali).

Il testo sovranazionale tuttora nodale in materia di discriminazioni è la Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) del 1979, la Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne. Eppure non contiene la parola “violenza”; evidentemente il tema non era ancora maturo a livello internazionale e dunque occorrerà attendere i primi anni ’90 per vedere focalizzato e poi sancito il collegamento tra discriminazione e violenza.

Fu la Raccomandazione generale n. 19 del 1992, La violenza contro le donne, a statuire formalmente che: *“La violenza di genere è una forma di discriminazione che*

¹ Tale definizione sarà letteralmente ripresa dalla legge n. 119/2013 (art.3) per disciplinare la misura di prevenzione dell’ammonizione questoriale, ma caricandola di un ulteriore requisito fortemente restrittivo, perché la circoscrive ai soli atti che siano “gravi ovvero non episodici”.

inibisce gravemente la capacità delle donne di godere dei diritti e delle libertà su una base di parità con gli uomini”.

Nella Conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani del 1993 fu adottata dall'Assemblea generale ONU la Risoluzione 19 dicembre 1993, n. 48/104, intitolata appunto Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, che contiene la definizione storica della violenza contro le donne:

Articolo 1. Ai fini della presente Dichiarazione l'espressione “violenza contro le donne” sta a significare ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che privata.

Nell'art. 3 la Dichiarazione specifica che la violenza contro le donne riguarda principalmente:

- a. la violenza fisica, sessuale e psicologica che si produca nella famiglia, inclusi i maltrattamenti, gli abusi sessuali delle bambine in ambito familiare, le violenze legate alla dote, lo stupro coniugale, la mutilazione genitale femminile e altre pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza perpetrata da altri membri della famiglia e la violenza legata allo sfruttamento;*
- b. la violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene all'interno della comunità in generale, compreso lo stupro, l'abuso sessuale, le molestie e l'intimidazione sul posto di lavoro, nelle istituzioni educative e altrove, la tratta delle donne e la prostituzione forzata;*
- c. la violenza fisica, sessuale e psicologica perpetrata o tollerata dallo Stato, ovunque si manifesti.*

La Dichiarazione stabilisce inoltre una relazione tra l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro la donna e l'eliminazione della violenza di genere, enunciando che il primo passo per poter contrastare il fenomeno della violenza è l'eliminazione delle discriminazioni di natura sessista. La violenza contro le donne è prospettata come un ostacolo alla parità e alla pace, in quanto ostacolo allo stesso sviluppo umano, ritenendo che la violenza contro le donne costituisce una manifestazione delle relazioni di potere disuguale fra uomini e donne.

Progressivamente quella elencazione delle forme di violenza contro le donne sarà poi ampliata, fino a comprenderne altre ulteriori, come i matrimoni precoci e forzati, i crimini dell'odio (hate crimes), la schiavitù sessuale, e altre.

Il tema della violenza contro le donne fu espressamente trattato nella Conferenza di Pechino del 1995 che inserì la lotta alla violenza di genere tra le aree prioritarie di intervento, ritenendo che la violenza contro le donne costituisca sia una

violazione dei diritti umani della donna sia un impedimento al pieno godimento di tutti i suoi diritti.

Il Programma d'Azione di Pechino del 1995 ampliò il quadro, allargandolo alle guerre e ai conflitti armati, nonché alle migrazioni.

“11. Gravi violazioni dei diritti fondamentali delle donne avvengono soprattutto nei periodi di conflitto armato, e producono omicidi, torture, stupri sistematici, gravidanze forzate e aborti forzati, in particolare nelle strategie di «pulizia etnica». (...)

116. Alcuni gruppi di donne, come ad esempio le donne che appartengono a minoranze, le rifugiate, le emigrate, le donne che vivono in condizioni di povertà in comunità rurali o isolate, le donne senza risorse, le donne rinchiusi in istituzioni o in centri di detenzione, le figlie piccole, le donne disabili, le donne anziane, le donne profughe, rimpatriate, le donne che vivono nella povertà e le donne che vivono in situazioni di conflitto armato, occupazione straniera, guerre di aggressione, guerre civili, terrorismo, incluso il rapimento di ostaggi, sono particolarmente vulnerabili alla violenza.”

In Europa la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) del 1950 non comprendeva nessun riferimento alla violenza contro le donne, ma l'art. 14² sanciva il diritto di non discriminazione, elencando tra le forme di discriminazione anche quella fondata sul sesso.

260

I vari nessi sono ben illuminati nel Preambolo della più volte citata Convenzione di Istanbul 2011:

“Riconoscendo che il raggiungimento dell'uguaglianza di genere de jure e de facto è un elemento chiave per prevenire la violenza contro le donne;

Riconoscendo che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione;

Riconoscendo la natura strutturale della violenza contro le donne, in quanto basata sul genere, e riconoscendo altresì che la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini;

Riconoscendo con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso

² Art.14 Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto “onore” e le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi;

Constatando le ripetute violazioni dei diritti umani nei conflitti armati che colpiscono le popolazioni civili, e in particolare le donne, sottoposte a stupri diffusi o sistematici e a violenze sessuali e il potenziale aggravamento della violenza di genere durante e dopo i conflitti;

Riconoscendo che le donne e le ragazze sono maggiormente esposte al rischio di subire violenza di genere rispetto agli uomini;

Riconoscendo che la violenza domestica colpisce le donne in modo sproporzionato e che anche gli uomini possono essere vittime di violenza domestica;

Riconoscendo che i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia;

Aspirando a creare un'Europa libera dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica” (...).

Anche a livello della Unione europea registriamo la adozione di testi specifici, oltre alla già citata Direttiva vittime del 2012, come la Raccomandazione Rec(2002)5 sulla protezione delle donne dalla violenza, la Raccomandazione CM/Rec(2007)17 sulle norme e meccanismi per la parità tra le donne e gli uomini e la Raccomandazione CM/Rec(2010)10 sul ruolo delle donne e degli uomini nella prevenzione e soluzione dei conflitti e nel consolidamento della pace. Inoltre dobbiamo riferirci ai testi fondamentali del 2007: la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e il Trattato di Lisbona.

Il nostro sistema interno - quanto alle discriminazioni - ha registrato un ampliamento dei parametri di discriminazione considerati dalle normative intrecciate, anche se ad oggi il legislatore non ha composto un “Codice contro le discriminazioni”, come invece è avvenuto per il “Codice per le pari opportunità”³.

Oggi nel nostro ordinamento le politiche di contrasto della violenza contro le donne basata sul genere non sono raccolte in un testo organico, ma sono disperse tra i vari codici e i vari altri testi normativi. Non è questa la sede per esaminarle; tuttavia possiamo esprimere un giudizio complessivo. Le politiche in materia continuano a muovere prevalentemente dal diritto penale; tendono cioè a privilegiare lo strumento penale e il perseguimento degli aggressori (c. d. ipertrofia e primazia del diritto penale). Nella produzione legislativa nazionale, selezionando le fonti che abbiano a oggetto la libertà femminile e i c.d. diritti delle donne, risulta un evidente progressivo aumento di testi di natura penalistica, che si intensificano decisamente nelle ulti-

3 Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, decreto legislativo, 11/04/2006 n. 198, integrato dal d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, poi modificato con d.lgs. n. 152/2015 e l. n. 205/2017

me due legislature, la XVII e la XVIII, per culminare nei due testi nodali: la legge c.d. «sul femminicidio», come viene comunemente identificata la prima parte dell'eterogeneo testo legislativo del d.l. n. 93/2013, con la relativa legge di conversione n. 119/2013, recante: «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*» e il “Codice Rosso” (la Legge n. 69 del 19 luglio 2019, intitolata “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”). Insomma, nella scelta tra le tre P della Convenzione di Istanbul 2011 – Prevenzione, Protezione, Punizione – dobbiamo constatare che la Punizione ha preso il sopravvento. Eppure il diritto penale, che è certamente il diritto dotato della più forte carica simbolica, è certamente il più debole intrinsecamente quanto a capacità di incidere sui rapporti di potere. Invece le indicazioni di diritto antidiscriminatorio ben dovrebbero articolarsi anche in ambito civilistico e comunque extrapenalistico, come da ultimo prescrive anche il Consiglio d’Europa con la Raccomandazione CM/Rec(2019)1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla prevenzione e la lotta contro il sessismo.

La tematica nazionale e sovranazionale, con i suoi intrecci e sovrapposizioni, ha influenzato anche le fonti normative regionali.

Quanto alla legislazione regionale, un modello di riferimento può essere la legge regionale Emilia-Romagna 27/06/2014, n. 6, che già nel titolo Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere, apre alla tematica della discriminazione e delle violenze contro le donne.

Nel testo l’esordio proclama un intento, quello che (art. 1) “*la Regione Emilia-Romagna favorisce il pieno sviluppo della persona e sostiene la soggettività e l’autodeterminazione femminile come elemento di cambiamento e progresso della società; contrasta ogni tipo di violenza e discriminazione di genere in quanto lesive dei diritti umani, della libertà, della dignità e dell’invulnerabilità della persona (...)*”.

Poi l’art 8 allarga il concetto di discriminazione, attribuendo alla “*diffusione della cultura paritaria*” il carattere di “*strumento di prevenzione e contrasto di ogni violenza e discriminazione sessista anche di tipo omofobico e transfobico*”.

3. *Le molestie e le molestie sessuali, in ambito lavorativo e non*

Già dalla Direttiva 2006/54/CE⁴ è affermato esplicitamente che “le molestie e le molestie sessuali” siano “contrarie al principio della parità di trattamento fra uomini e donne e costituiscono forme di discriminazione fondate sul sesso ai fini della presente Direttiva. (...) Queste forme di discriminazione dovrebbero pertanto essere

⁴ Prima ancora, era intervenuta la Raccomandazione - 27/11/1991, n.131 Allegato n. 1, Tutela della dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro. Codice di condotta relativo ai provvedimenti da adottare nella lotta contro le molestie sessuali.

vietate e soggette a sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive”. È la anticipazione della più recente Risoluzione del Parlamento europeo 2897 del 26 ottobre 2017 sulla lotta alle molestie e agli abusi sessuali nell’UE.

Tali strumenti sovranazionali contribuiscono a rendere alquanto articolato l’attuale panorama normativo, che è segnato da una oscillazione tra il piano della predisposizione di strumenti normativi di tutela giuslavoristica (a tutela sia di dignità sia di sicurezza) e quello invece della repressione penale. Le molestie sessuali infatti vengono ricondotte talora nell’alveo delle forme di discriminazione e talaltra in quello della tutela o della “libertà sessuale” (ma per colpire condotte di minore disvalore sociale), o della tranquillità e dignità della lavoratrice (e del lavoratore). L’esempio trainante è quello del sexual harassment dei sistemi di common law (U.S.A. e Canada) che, piuttosto che in ambito penalistico, si è sviluppato prevalentemente in processi civilistico-giuslavoristici, cogliendo nella molestia sessuale una violazione del divieto di discriminazione (MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, 1979).

Del resto a una pluralità di piani, non solo penalistici, indirizza anche la Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa del 2011:

Articolo 40 – Molestie sessuali. Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che qualsiasi forma di comportamento indesiderato, verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, con lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una persona, segnatamente quando tale comportamento crea un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, sia sottoposto a sanzioni penali o ad altre sanzioni legali.

Le molestie (in particolare quelle sessuali nei luoghi di lavoro) costituirono oggetto di studio e di elaborazione, a livello europeo, fin dal 1976, quando il Consiglio Europeo con una raccomandazione invitò gli Stati a rimuovere negli ambienti di lavoro le discriminazioni basate sul sesso. Nel 1986 il Parlamento Europeo approvò una risoluzione dell’11 giugno 1986 sulla violenza contro le donne. È il primo atto comunitario in cui si evidenzia l’esistenza di un problema relativo alla dignità delle donne e degli uomini sul lavoro. Tra l’altro incaricava un comitato di esperti di elaborare un rapporto sul fenomeno delle molestie negli Stati membri. Il Rapporto, denominato Rubenstein, *La dignità della donna nel lavoro - Rapporto sul problema delle molestie sessuali negli Stati membri della Comunità europea*, ottobre 1987, a cura di Michael Rubenstein, fu redatto nel 1987. Evidenziava la necessità di intervenire non solo sul piano sanzionatorio, ma anche a livello di prevenzione, attraverso interventi legislativi. Proprio sulla base del rapporto il Consiglio della Comunità Europea adottò nel 1990 una risoluzione sulla tutela degli uomini e delle donne nell’ambiente di lavoro, sollecitando anche la Commissione ad elaborare un “codice di condotta europeo”.

Arrivammo così alla Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee del 27 novembre 1991 n. 131 sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, in cui si invitavano gli Stati membri ad adottare un codice di condotta

riguardo alle molestie sessuali sul lavoro proponendo una definizione di molestia sessuale, che si è poi imposta come modello anche per l'attività successiva del legislatore e che introduceva, come centrale, il concetto di atto "unwanted" (tradotto in italiano con "non desiderato", invece che con "non voluto" o "contro la volontà").

Al contempo sono sempre più diffusi protocolli e accordi aziendali (sulla traccia di testi europei, nazionali e regionali) di diritto antidiscriminatorio che contengono espressi riferimenti alle molestie sessuali e attribuiscono poteri (anche) di iniziativa alle Consigliere di pari opportunità nazionale, regionali e provinciali.

Certo, in via preliminare rispetto alla trattazione, si pone un problema definitorio e di lessico giuridico per individuare, attraverso le fonti giuridiche, quali condotte siano ascrivibili alle quattro categorie di "molestie" e "molestie sessuali" (con la ulteriore specificazione che entrambe si collochino in ambito di lavoro oppure in ogni altro ambito) e come siano penalmente considerate.

Il testo legislativo base è quello del Codice Pari opportunità (come modificato nel 2015 e poi con l. n. 205 del 27.12.2017, cd. Legge di Bilancio 2018) che offre le "Nozioni di discriminazione" all'art. 26:

1. Sono considerate come discriminazioni anche le **molestie**, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

2. Sono, altresì, considerate come discriminazioni le **molestie sessuali**, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

2-bis. Sono, altresì, considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersi sottomessi.

3. Gli atti, i patti o i provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime dei comportamenti di cui ai ((commi 1, 2 e 2-bis)) sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi. Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

3-bis. La lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per **molestia o molestia sessuale** poste in essere in violazione dei divieti di cui al presente capo non può essere sanzionato, demansionato, licenziato,

trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto denunciante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante. Le tutele di cui al presente comma non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione ovvero l'infondatezza della denuncia.

*3-ter. I datori di lavoro sono tenuti, ai sensi dell'articolo 2087 del codice civile, ad assicurare condizioni di lavoro tali da garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori, anche concordando con le organizzazioni sindacali dei lavoratori le iniziative, di natura informativa e formativa, più opportune al fine di prevenire il fenomeno delle **molestie sessuali** nei luoghi di lavoro. Le imprese, i sindacati, i datori di lavoro e i lavoratori e le lavoratrici si impegnano ad assicurare il mantenimento nei luoghi di lavoro di un ambiente di lavoro in cui sia rispettata la dignità di ognuno e siano favorite le relazioni interpersonali, basate su principi di eguaglianza e di reciproca correttezza.*

In verità, qui, all'art. 26 del Codice Pari Opp. il profilo penale è del tutto assente. Non così è per la già riportata Convenzione di Istanbul 2011 del Consiglio d'Europa, che all' 40 disciplina le molestie sessuali, definendole e indicando sì la sanzione penale, ma prescrivendola agli Stati solo come una delle possibili sanzioni legali. Oggi la autorevolezza di questa fonte, che – ripetiamo – lascia aperta agli stati la duplice opzione di politica legislativa, se utilizzare la sanzione penale o altre sanzioni di altra natura, deve confrontarsi con la sopravvenuta Convenzione sull'eliminazione della violenza e delle molestie nel mondo del lavoro n. 190 del 10 giugno 2019 della Conferenza generale dell'organizzazione internazionale del lavoro. Anche tale testo affronta il problema definitorio:

Articolo 1

1. Ai fini della presente Convenzione:

a) l'espressione "violenza e molestie" nel mondo del lavoro indica un insieme di pratiche e di comportamenti inaccettabili, o la minaccia di porli in essere, sia in un'unica occasione, sia ripetutamente, che si prefiggano, causino o possano comportare un danno fisico, psicologico, sessuale o economico, e include la violenza e le molestie di genere;

b) l'espressione "violenza e molestie di genere" indica la violenza e le molestie nei confronti di persone in ragione del loro sesso o genere, o che colpiscano in modo sproporzionato persone di un sesso o genere specifico, ivi comprese le molestie sessuali.

2. Fatto salvo quanto stabilito ai commi a) e b) del paragrafo 1 del presente articolo, le definizioni di cui alle leggi e ai regolamenti nazionali possono prevedere un concetto unico o concetti distinti.

Questo testo amplia e intreccia vari concetti, accorpa violenza e molestie riconducendole entrambe al genere, senza tuttavia definire le molestie sessuali.

Può aiutarci a capire il Report Istat 13 febbraio 2018, intitolato “Le molestie e i ricatti sessuali sul lavoro”⁵.

L’Istat fa riferimento a molestie sessuali, molestie a sfondo sessuale, atti sessuali subiti da minorenni (uomo o donna).

Le molestie sessuali vengono distinte - sempre dall’Istat – in:

- molestie verbali (tra cui telefonate oscene o messaggi);
- molestie fisiche con contatto fisico, come essere avvicinate toccate abbracciate accarezzate bacciate contro la propria volontà (senza attingere le cd zone erogene, perché queste sono già comprese nella attuale violenza sessuale e così già sanzionate penalmente);
- molestie attraverso il web;
- gli atti sessuali sul luogo di lavoro (nella triplice forma di ricatto per l’assunzione, per mantenere il posto e per ottenere progressione di carriera).

Vengono inoltre elencati esibizionismo (ma ora gli atti osceni in luogo pubblico sono stati depenalizzati...) e pedinamenti.

Questo, secondo ISTAT, è l’ambito concreto e fattuale delle molestie sessuali (nonché molestie e ricatti),

Fatto è che manca tuttora nel nostro sistema penale interno una fattispecie penale specifica di molestie sessuali. In concreto, la repressione penale delle molestie e molestie sessuali sul lavoro (e non) utilizza gli strumenti penalistici non specifici presenti nel nostro Codice Penale: la violenza sessuale (art 609-bis), la molestia o disturbo alle persone (art.660), gli atti persecutori (art.612-bis), i maltrattamenti (art.572). Li ricordiamo.

art. 660. Molestia o disturbo alle persone

Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l’arresto fino a sei mesi o con l’ammenda fino a cinquecentosedici euro.

Art. 609-bis. (Violenza sessuale)

⁵ www.istat.it/it/files/2018/02/statistica-report-MOLESTIE-SESSUALI-13-02-2018.pdf

Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1. abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2. traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Art. 612-bis. (Atti persecutori)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.

Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità, di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma.

Art. 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi)

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

Con un tale apparato normativo, la effettiva collocazione delle molestie sessuali (non sessuali, in ambito o no di lavoro) nelle varie figure di reato ha messo alla prova interpreti e giurisprudenza.

Se sono molestie di petulanza sono punite dall'art 660, contravvenzione e non delitto, fattispecie ormai vetusta, nata quando c'era solo il telefono fisso (a meno che non vengano classificate come reato di violenza privata).

Se le molestie hanno la caratteristica di essere "sessuali" (in ogni ambito, di lavoro o non) possono rientrare nella violenza sessuale, ma solo ai requisiti là indicati, ancora in gran parte quelli del codice 1930: condotta di costrizione, con la modalità di violenza e minaccia, con "atti sessuali".

Dal 2009 le molestie (tutte, non solo le sessuali) sono ora comprese nel nostro delitto di atti persecutori, che punisce le condotte di chi minaccia o molesta. In verità tale previsione è andata a confliggere con la successiva indicazione della Convenzione Istanbul 2011, che chiedeva di colpire come stalking⁶ solo le condotte di minaccia reiterata, escludendo le condotte di molestia sessuale, cui dedicava altra specifica disposizione, quella dell'art. 40, sopra riportato. Invece il legislatore del 2009 aveva accorpato minaccia e molestia sotto la fattispecie di atti persecutori. Quindi anche le molestie e le molestie sessuali sono state collocate in quell'ambito, imponendo l'ulteriore requisito dell'evento triplice, relativo alla serenità e all'equilibrio psicologico, nonché quello della reiterazione delle condotte.

268

La casistica giurisprudenziale aiuta a porre alcuni punti fermi.

Così Cassazione penale sez. III, 18/12/2019, n. 5918 distingue violenza sessuale ex art. 609 bis e molestia e disturbo ex art. 660 e esclude la derubricazione nel reato di cui all'art. 660 c.p. in un caso di tocco delle parti intime e di baci, che unitariamente valutati non possono far configurare la molestia sessuale, che presuppone l'assenza di contatti fisici (sessuali) tra le parti. La distinzione era già stata affrontata da Cass. Sez. III, n. 27042 del 12/05/2010: "Integra il reato di violenza sessuale e non quello di molestia sessuale (art. 660 c.p.) la condotta consistente nel tocco non casuale dei glutei, ancorché sopra i vestiti, essendo configurabile la contravvenzione solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale o di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall'abuso sessuale. In motivazione la Corte ha precisato che, se dalle espressioni verbali si passa ai tocamenti a sfondo sessuale, il delitto assume la forma tentata o consumata a seconda della natura del contatto e delle circostanze del caso". Idem Cassazione, sez. II Penale, sentenza 17 aprile 2013, n. 40973, e Cass. Sez. III 25.1.2006 n. 7369: il tocco dei glutei va considerato violenza sessuale e non molestia, atteso che nel reato di violenza la condotta sanzionata (cioè gli atti sessuali) comprende qualsiasi atto che, risolvendosi in

⁶ Articolo 34 – Atti persecutori (Stalking). Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionalmente e ripetutamente minaccioso nei confronti di un'altra persona, portandola a temere per la propria incolumità.

un contatto corporeo, pur se fugace ed estemporaneo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della vittima.

Secondo Cassazione penale, sez. III, 05/07/2019, n. 41951 integra il reato di violenza sessuale e non quello di molestie di cui all' art. 660 c.p. la condotta di chi, per soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale, mediante comunicazioni telematiche che non comportino contatto fisico con la vittima, induca la stessa al compimento di atti che comunque ne coinvolgano la corporeità sessuale e siano idonei a violarne la libertà personale e non la mera tranquillità (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza con la quale il ricorrente era stato condannato per il delitto di violenza sessuale per avere indotto, con plurime comunicazioni telematiche, una minore degli anni 14 a compiere giochi erotici e ad avere rapporti sessuali virtuali).

Cassazione penale sez. III, 16/01/2015, n.9222 ha riprecisato, in tema di violenza sessuale, che sono considerati atti sessuali quelli che siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità della persona o ad invadere la sfera sessuale con modalità connotate dalla costrizione (violenza, minaccia o abuso di autorità), sostituzione ingannevole di persona, abuso di inferiorità fisica o psichica, in essi potendosi ricomprendere anche quelli insidiosi e rapidi, e che riguardino zone erogene su persona non consenziente, come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci (così questa sez. III, n. 42871 del 26.9.2013, Z. e altro, rv. 256915). Le molestie sono un minus con connotazioni assolutamente diverse. La decisione ha anche tracciato il confine rispetto agli atti persecutori. Se è vero, infatti che realizza gli estremi della molestia e disturbo alla persona la condotta dell'agente, insistente e petulante, idonea a turbare in modo apprezzabile le normali condizioni nelle quali si svolge la vita della persona molestata (cfr. sul punto sez. VI, n. 2967 del 25.1.1978, Laglia, rv. 138326), è anche vero che, a differenza che nel delitto di cui all art. 612 bis cod. pen., ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 660 cod. pen. la molestia o il disturbo devono essere valutati con riferimento alla psicologia normale media, in relazione cioè al modo di sentire e di vivere comune. Nell'ipotesi in cui il fatto sia oggettivamente molesto o disturbatore, in altri termini, è pertanto irrilevante che la persona offesa non abbia risentito alcun fastidio (così sez. V, n. 7355 del 23.5.1984, De Gasperi, rv. 165668, nel caso di un continuo e pressante tallonamento con la vettura da parte dell'autore del reato nei confronti della vittima). Il quid pluris che caratterizza lo stalking rispetto alle minacce ed alle molestie, in sintesi, è costituito da due elementi: a) la reiterazione delle condotte, sicché l'illecito può ascrivarsi nel novero dei reati abituali; b) la produzione in un soggetto ben determinato e in relazione alla sua psicologia di un grave e perdurante stato di ansia o di paura o di un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da una relazione affettiva o una alterazione, non voluta, delle proprie abitudini di vita.

Il delitto di violenza sessuale concorre con quello di maltrattamenti in famiglia, se-

condo Cassazione penale sez. III, 03/10/2019 n.3455 e Cassazione Sez. III, n. 40663 del 23/09/2015, qualora, attesa la diversità dei beni giuridici offesi, le reiterate condotte di abuso sessuale, oltre a cagionare sofferenze psichiche alla vittima, ledano anche la sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale, potendosi configurare l'assorbimento esclusivamente nel caso in cui vi sia piena coincidenza tra le due condotte, ovvero quando il delitto di maltrattamenti sia consistito nella mera reiterazione degli atti di violenza sessuale.

Nella penalizzazione delle molestie e molestie sessuali (in ambito di lavoro e non) si presentano dunque molte sovrapposizioni di fattispecie e qualche vuoto che rendono difficile all'interprete scegliere. Da tempo sono prospettate ipotesi di riforma, con la creazione di nuove ipotesi, ma quegli stessi motivi rendono arduo anche creare una nuova norma penale specifica, perché ciò presupporrebbe la contestuale modifica delle altre norme complementari e confinanti, in particolare degli atti persecutori (art.612 bis) e della violenza sessuale (art. 609 bis).