



13.407

Iniziativa parlamentare
Lottare contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale
Rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale

dell'11 maggio 2017

Compendio

L'iniziativa parlamentare 13.407 chiede di inserire nella fattispecie dell'articolo 261^{bis} CP la discriminazione a causa dell'orientamento sessuale. Il progetto preliminare elaborato dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale propone di completare la disposizione aggiungendo oltre al criterio dell'«orientamento sessuale» anche quello dell'«identità di genere». In tal modo il campo d'applicazione dell'articolo 261^{bis} CP non riguarderà solo i crimini dell'odio e le discriminazioni a causa dell'eterosessualità, dell'omosessualità o della bisessualità, ma anche quelli a causa della transessualità o dell'intersessualità. Queste ultime due non sono considerate quali forme d'espressione dell'orientamento sessuale, ma si riferiscono all'identità di genere.

Rapporto

1 Genesi

1.1 Iniziativa parlamentare

L'iniziativa parlamentare 13.407 «Lottare contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale» è stata presentata il 7 marzo 2013 dal consigliere nazionale Mathias Reynard e ha il seguente tenore:

«L'articolo 261^{bis} del Codice penale svizzero (CP) è modificato come segue:

Art. 261^{bis}

Discriminazione e incitazione all'odio

Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o per il loro orientamento sessuale,

chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditarla o calunniare sistematicamente una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o per il loro orientamento sessuale,

chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa,

chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità,

chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia o religione o per il loro orientamento sessuale, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico,

è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.»

L'autore dell'iniziativa afferma che la Costituzione vieta la discriminazione in base al modo di vita (art. 8 cpv. 2), ma riguardo al perseguimento penale per incitamento all'odio a causa dell'orientamento sessuale ravvisa una lacuna legislativa. Il Tribunale federale nega alle associazioni per la protezione dei diritti delle persone omosessuali la legittimazione ad agire a causa di delitti contro l'onore (art. 173 segg. CP). Parimenti una persona omosessuale non può appellarsi alla lesione dell'onore se affermazioni omofobe sono rivolte alla comunità omosessuale, dato che i tribunali riterrebbero troppo vago e indeterminato il gruppo bersaglio di simili affermazioni¹.

La Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha esaminato l'iniziativa in occasione della sua seduta del 21 febbraio 2014 dandole seguito con 14 voti contro 10. Per contro, il 3 luglio 2014 la Commissione omologa del Consiglio degli Stati ha deciso con 4 voti contro 3 di non accoglierla. Il 13 novembre 2014 la Commissione del Consiglio nazionale si è quindi nuovamente

¹ Sentenza del Tribunale federale 6B_361/2010 del 1° novembre 2010

chinata sull'iniziativa e ha proposto al suo Consiglio con 14 voti contro 9 e 1 astensione di dare seguito all'iniziativa. Il Consiglio nazionale le ha dato seguito l'11 marzo 2015 con 103 voti contro 73 e 9 astensioni. Successivamente il 23 aprile 2015 anche la Commissione del Consiglio degli Stati ha accolto l'iniziativa con 11 voti contro 1. Il 17 marzo 2017, su richiesta della Commissione, il Consiglio nazionale ha prolungato il termine per l'elaborazione di un progetto sino alla sessione primaverile 2019.

1.2 Lavori della Commissione

Nella sua seduta del 3 febbraio 2017 la Commissione ha discusso due opzioni di attuazione dell'iniziativa parlamentare. La prima variante consisteva nel concentrarsi principalmente sull'obiettivo primario dell'iniziativa: la lotta contro l'omofobia, nonché il tenore del testo legislativo proposto con l'iniziativa. La seconda variante prevedeva di spingersi oltre quanto previsto dall'iniziativa parlamentare recependo nell'articolo 261^{bis} del Codice penale del 21 dicembre 1937² (CP) anche il criterio dell'identità di genere per completare quello dell'orientamento sessuale. La Commissione è giunta alla conclusione che, riguardo ai crimini dell'odio e alle discriminazioni, sovente le persone transessuali e intersessuali devono confrontarsi con difficoltà simili a quelle incontrate da persone omosessuali o bisessuali. Essa si è pertanto decisa con 15 voti contro 9 e 1 astensione a favore della variante più estesa che prevede l'inserimento del criterio dell'identità di genere. In tal modo la revisione dell'articolo 261^{bis} CP permette di risolvere completamente il problema e di estendere l'ambito tutelato dalla disposizione a tutte le persone LGBTI³.

Riunitasi il 3 febbraio 2017, la Commissione si è inoltre espressa, con 13 voti contro 10 e 2 astensioni, contro lo stralcio dal ruolo dell'iniziativa decidendo, con 16 voti contro 5 e 1 astensione, di prorogare di due anni il termine per l'elaborazione di un progetto. Il 17 marzo 2017 il Consiglio nazionale ha approvato la proroga del termine con 127 voti contro 49 e 20 astensioni e respinto la proposta di stralcio della minoranza della Commissione.

Nella sua seduta dell'11/12 maggio 2017 la Commissione ha approvato il progetto e il relativo rapporto esplicativo.

In merito a questo progetto preliminare (PP) sarà indetta una procedura di consultazione conformemente alla legge sulla consultazione⁴ (LCo). La Commissione è stata coadiuvata nel suo lavoro dal Dipartimento federale di giustizia e polizia conformemente all'articolo 112 capoverso 1 LParl.

² RS 311.0

³ LGBTI è l'acronimo internazionale per «Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex» e si riferisce a persone che sono lesbiche, omosessuali, bisessuali e/o transessuali o che presentano caratteristiche intersessuali.

⁴ RS 172.061

2 Elementi del progetto

2.1 Situazione iniziale nel diritto vigente

2.1.1 Articolo 261^{bis} del Codice penale

L'articolo 261^{bis} CP è stato introdotto nel Codice penale mediante l'articolo 1 della legge federale del 18 giugno 1993⁵ ed è in vigore dal 1° gennaio 1995. Spunto per la creazione dell'articolo 261^{bis} CP e dell'analogo articolo 171c del Codice penale militare del 13 giugno 1927⁶ (CPM) era costituito dall'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965⁷ sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (Convenzione ONU contro la discriminazione razziale). Contro l'introduzione dell'articolo 261^{bis} CP è stato lanciato il referendum facoltativo. Il progetto è stato accolto in votazione popolare il 25 settembre 1994 con la maggioranza del 54,6 per cento dei votanti⁸.

La norma è inserita nel titolo dodicesimo del Codice penale che tratta dei crimini e dei delitti contro la tranquillità pubblica. I reati punibili in virtù dell'articolo 261^{bis} CP sono dei delitti. Il bene giuridico tutelato dalla disposizione è la dignità dell'essere umano nella sua qualità di appartenente a una razza, etnia o religione e solo indirettamente o a titolo secondario la pace pubblica⁹.

L'articolo 261^{bis} CP è stato concepito come adeguamento al diritto internazionale. Si era rinunciato consapevolmente a recepire altri criteri come il sesso, l'orientamento sessuale o l'ideologia. La motivazione addotta nel messaggio del 2 marzo 1992 precisava che, da un lato, ciò avrebbe travalicato i limiti della revisione di legge e, dall'altro, si trattava di una legislazione conseguente all'adesione della Svizzera alla Convenzione ONU contro la discriminazione razziale. Infine un articolo generale sulla discriminazione non si addice nel contesto dei reati contro la pace pubblica¹⁰.

L'articolo 261^{bis} CP rappresenta un reato perseguibile d'ufficio, vale a dire il perseguimento penale avviene d'ufficio. Le associazioni e le federazioni non hanno qualità di parte conformemente al principio generale sancito nel diritto in materia penale e di procedura penale (cfr. n. 3.1).

L'articolo 261^{bis} CP si riferisce a singole persone a causa della loro appartenenza a una determinata razza, etnia o a un determinato gruppo religioso o, diversamente dai delitti contro l'onore (cfr. n. 2.1.2), direttamente al gruppo stesso. Condizione comune delle azioni descritte nei cinque commi è la lesione della dignità umana. Quest'ultima è considerata lesa, se a una persona o a un gruppo di persone non sono

⁵ RU **1994** 2887 2888; FF **1992** III 217

⁶ RS **321.0**

⁷ RS **0.104**

⁸ FF **1994** V 489

⁹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 CP, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 7; DTF **130** IV 111, 118; DTF **140** IV 67, 69.

¹⁰ Messaggio del 2 marzo 1992 concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale; FF **1992** III 217, 257.

riconosciute la parità di trattamento o l'uguaglianza quali esseri umani a causa della loro appartenenza al gruppo¹¹.

Il reato deve essere compiuto in linea di massima pubblicamente. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale per reati pubblici s'intendono atti rivolti a una cerchia più ampia di persone che non hanno fra loro legami personali. Le azioni sono quindi pubbliche quando non sono compiute in un contesto privato, vale a dire non in una cerchia familiare o di amici o in un contesto caratterizzato da relazioni personali o improntato a particolare fiducia. Per stabilire se questa condizione sia adempiuta, occorre valutare le circostanze concrete, fermo restando che anche il numero dei destinatari riveste importanza, ma da solo non può essere determinante¹².

Primo comma

Secondo il primo comma si rende punibile chiunque inciti pubblicamente all'odio o alla discriminazione nei confronti di una persona o un gruppo di persone a causa della loro razza, etnia o religione.

La variante di atto «incitamento all'odio» comprende casi in cui, facendo leva su determinate emozioni, si possono indurre altre persone a sviluppare sentimenti di odio o a dare libero sfogo a sentimenti di odio già presenti che si basano sui criteri menzionati¹³. L'esternazione deve raggiungere una determinata intensità. È determinante come va intesa l'esternazione da parte di un destinatario imparziale medio¹⁴.

Nella variante di atto «incitamento alla discriminazione» vanno annoverati casi in cui si incita a un comportamento che danneggia altre persone nella loro dignità a causa della loro appartenenza a un gruppo definito in base all'etnia, alla razza o alla religione, vale a dire il predetto comportamento non rispetta il loro diritto fondamentale al pari riconoscimento quali esseri umani¹⁵.

Soltanto l'incitamento pubblico è punibile (cfr. più sopra). In ottica soggettiva l'autore deve agire intenzionalmente.

Secondo comma

Il secondo comma riguarda la diffusione pubblica di ideologie intese a discreditare o calunniare sistematicamente persone appartenenti a una razza, etnia o religione. Il reato consiste nella divulgazione di queste ideologie da parte dell'autore, vale a dire quest'ultimo non solo si riconosce nelle stesse, bensì le promuove divulgando questo modo di pensare e facendo propaganda mediante scritti, immagini, gesti ecc. È

¹¹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 8 segg.

¹² DTF **130** IV 111, 113 consid. 3.1 e 119 consid. 5.2.1

¹³ Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3a ed., Berna 2013, art. 261^{bis} N 2; DTF **123** IV 207.

¹⁴ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 32.

¹⁵ Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3a ed., Berna 2013, art. 261^{bis} N 2; DTF **124** IV 124.

determinante la finalità dell'atto: l'autore deve rivolgersi a una cerchia di destinatari quanto più ampia possibile nell'intento di influenzarla¹⁶.

Come per il primo comma, il comportamento punibile deve essere pubblico e intenzionale.

Terzo comma

Il terzo comma riguarda l'organizzazione, l'incoraggiamento e la partecipazione ad azioni di propaganda con cui pubblicamente si incita all'odio o alla discriminazione e/o si diffondono ideologie discriminanti. La variante di fattispecie della partecipazione ad azioni di propaganda è adempiuta in caso di sostegno attivo. La sola presenza a una manifestazione di questo tipo come spettatore non basta. E non basta neppure il possesso o l'importazione di materiale propagandistico, se quest'ultimo serve esclusivamente per uso proprio.

La preparazione e la partecipazione ad azioni di propaganda non devono aver luogo pubblicamente¹⁷. In ottica soggettiva dev'essere data l'intenzionalità.

Quarto comma

Il quarto comma contiene a sua volta due varianti di atti: commettendo il primo, si rende colpevole colui che discredita o discrimina in qualsivoglia forma una persona o un gruppo di persone a causa della loro razza, etnia o religione. Il discredito o la discriminazione possono aver luogo mediante parole, scritti, gesti, vie di fatto o in altro modo. Sono sufficienti anche esternazioni nei confronti di terzi¹⁸.

Si suppone che l'autore discrediti o discrimini una persona o un gruppo di persone «in modo comunque lesivo della dignità umana». Termini come «porco», «sporco» e simili associati a determinate nazionalità o etnie [nonché razze e religioni], e se riferiti a individui concreti, sono interpretati da uno spettatore medio imparziale come lesioni dell'onore motivate più o meno da sentimenti primitivi per lo più xenofobi, ma non come attacchi di stampo razzista contro la dignità umana. Essi non rientrano pertanto nella fattispecie dell'articolo 261^{bis} quarto comma primo periodo CP¹⁹.

Il comportamento oggetto del reato deve aver luogo pubblicamente e intenzionalmente. Al riguardo è sufficiente che l'autore abbia tenuto in conto che la sua affermazione o il suo comportamento avrebbero potuto essere interpretati come discriminatori nei confronti di una razza²⁰.

La seconda variante di atto descritta nel quarto comma si riferisce al fatto di contestare o giustificare crimini contro l'umanità storicamente attestati. Il caso principale d'applicazione è la cosiddetta «menzogna di Auschwitz», ovvero il disconoscere o banalizzare la storicità dell'Olocausto²¹.

¹⁶ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 36; DTF 140 IV 102.

¹⁷ Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3a ed., Berna 2013, art. 261^{bis} N 11.

¹⁸ DTF 126 IV 25

¹⁹ DTF 140 IV 67, 73

²⁰ DTF 133 IV 312

²¹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 58.

In ottica soggettiva dev'essere data l'intenzionalità. Inoltre l'autore deve agire nell'intento di discreditare o discriminare altre persone a causa della loro razza, etnia o religione²².

Il 15 ottobre 2015 la Corte europea dei diritti dell'uomo è giunta alla conclusione che, nel caso Perinçek, la Svizzera abbia violato la libertà di espressione con riferimento all'articolo 261^{bis} quarto comma CP (art. 10 della Convenzione del 4 novembre 1950²³ per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [CEDU]). In questa sentenza la Corte non ha tuttavia messo in discussione di per sé la compatibilità dell'articolo 261^{bis} CP con l'articolo 10 CEDU, bensì l'applicazione della norma penale nel singolo caso²⁴.

Quinto comma

Il quinto comma riguarda casi in cui l'autore rifiuta una determinata prestazione da esso offerta e destinata al pubblico a una persona o a un gruppo di persone a causa della loro razza, etnia o religione. Se una prestazione è destinata a chiunque, non può essere negata a nessuno per motivi di etnia, razza o religione. Se una prestazione è destinata sin dall'inizio solo a un determinato gruppo di persone, è applicabile il quinto comma, se non sono dati motivi oggettivi per la restrizione e se quest'ultima serve ad aggirare il divieto di discriminazione. Se esistono motivi oggettivi per la disparità di trattamento, la fattispecie non è adempiuta²⁵.

Il carattere pubblico dell'atto non è necessario per la variante di fattispecie di cui al quinto comma. L'autore deve tuttavia agire intenzionalmente.

Sesto comma

Per tutte queste azioni è comminata una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria.

2.1.2 Altre disposizioni per la protezione dalle discriminazioni

Secondo l'articolo 8 capoverso 2 della Costituzione federale²⁶ (Cost.) nessuno può essere discriminato, in particolare a causa dell'origine, della razza, del sesso, dell'età, della lingua, della posizione sociale, del modo di vita, delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche, e di menomazioni fisiche, mentali o psichiche. L'elenco non è esaustivo. Conformemente alla dottrina e alla prassi dominanti, le discriminazioni in base all'orientamento sessuale (eterosessuale, omosessuale o

²² Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3a ed., Berna 2013, art. 261^{bis} N 11.

²³ RS **0.101**

²⁴ Rapporto dell'Ufficio federale di giustizia del 2 febbraio 2016 concernente l'esecuzione della sentenza Perinçek contro la Svizzera all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (Bilan d'action, Perinçek contre Suisse (Grande Chambre), arrêt du 15 octobre 2015); consultabile all'indirizzo: www.coe.int/fr/web/execution > Affaires > Communications > Suisse > Affaire Perinçek c. Suisse (27510/08) > [DD\(2016\)157](https://www.echr.coe.int/Doc/Details.aspx?query=27510) - Communication des autorités suisses - Bilan d'action - 04.02.2016.

²⁵ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, art. 261^{bis} N 75a.

²⁶ RS **101**

bisessuale; cfr. n. 2.2) rientrano sotto il criterio del «modo di vita»²⁷, mentre il divieto di discriminazione in base all'identità di genere (intersessualità e transessualità; cfr. n. 2.2) viene desunto secondo la dottrina dal criterio del «sesso»²⁸.

Nel Codice penale figurano già attualmente fattispecie penali che possono essere rilevanti in caso di crimini dell'odio e discriminazioni contro persone LGBTI e consentono di punire un determinato comportamento nei confronti di tutte le persone, indipendentemente dal loro orientamento sessuale o dalla loro identità di genere. Si pensi in particolare ai delitti di lesione dell'onore (art. 173 segg. CP). L'articolo 177 CP (Ingiuria) tutela da offese contro l'onore di una persona mediante parole, scritti, immagini, gesti o vie di fatto. Se, ad esempio, una persona viene aggredita o calunniata nel suo onore a causa o mediante una denominazione spregiativa del suo orientamento sessuale, l'autore può su denuncia essere punito per ingiuria ai sensi dell'articolo 177 CP con una pena pecuniaria sino a 90 aliquote giornaliere. Sono anche rilevanti le norme penali della diffamazione (art. 173 CP)²⁹, della calunnia (art. 174 CP) o della minaccia (art. 180 CP)³⁰. Anche la norma penale delle molestie sessuali (art. 198 CP) o delle lesioni personali (art. 122 segg. CP) possono trovare applicazione.

Le disposizioni relative ai delitti contro l'onore (art. 173 segg. CP) proteggono comunque l'onore personale di un individuo o di un gruppo di persone determinato e concreto. La punibilità presuppone che l'affermazione lesiva dell'onore si riferisca a individui concreti. Solo a questi ultimi è riconosciuta la qualità di vittima e solo essi hanno la facoltà di sporgere denuncia penale per delitti contro l'onore. I gruppi di persone senza personalità giuridica non hanno un onore proprio. Un'affermazione rivolta contro un collettivo di persone può ledere l'onore dei singoli membri, se il gruppo di persone aggredito è così piccolo che l'affermazione può anche essere riferita ai singoli membri di tale gruppo³¹. In caso di affermazioni umilianti e discriminatorie contro un grande gruppo di persone in generale non sono applicabili le disposizioni penali vigenti relative ai delitti contro l'onore. Inoltre le associazioni non sono autorizzate a fare denuncia³².

Nel diritto civile gli articoli 28 e seguenti del Codice civile del 10 dicembre 1907³³ (CC) tutelano da delitti contro la personalità. Se una persona è offesa a causa del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere, essa può chiedere al tribunale di

²⁷ R. Schweizer, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (ed.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3a ed., Zurigo 2014, commento all'art. 8 Cost., n. marg.75.

²⁸ Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4a ed., Berna 2008, pag. 737.

²⁹ Sentenza del Tribunale federale 6B_562/2011 del 5 dicembre 2011: l'articolo 173 capoverso 1 CP è adempiuto in quanto un uomo è stato minacciato di venir denunciato al datore di lavoro e alla sua famiglia in quanto omosessuale.

³⁰ Sentenza del Tribunale federale 6B_351/2007 del 9 novembre 2007: l'articolo 180 CP è adempiuto. Un uomo è stato insultato al telefono fra l'altro con «porco finocchio con l'orecchino» e minacciato che gli avrebbero strappato l'orecchino.

³¹ Riklin, in: Niggli/Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3a ed., Basilea 2013, prima art. 173 N 52; sentenza del Tribunale federale 6B_361/2010 del 1° novembre 2010.

³² Cfr. art. 31 CP; sentenza del Tribunale federale 6B_361/2010 del 1° novembre 2010.

³³ RS 210

proibire la lesione, di farla cessare o di accertarne l'illiceità se la stessa continua a produrre effetti molesti³⁴. Essa può anche avvalersi del diritto di risposta se la lesione è stata compiuta ad opera di mezzi di comunicazione³⁵. La stampa non può ad esempio rendere noti fatti (veri) della sfera segreta o privata di una persona omosessuale se in tal modo essa viene illecitamente umiliata poiché la forma della descrizione la ferisce inutilmente³⁶.

2.1.3 Raccomandazioni

In adempimento del postulato del consigliere nazionale Martin Naef 12.3543 «Rapporto sul diritto in materia di protezione dalla discriminazione» il Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU) è stato incaricato di allestire uno studio sull'accesso alla giustizia in caso di discriminazioni in Svizzera. Lo studio si è occupato fra l'altro del settore di discriminazioni relativo alle persone LGBTI. Il rapporto del Consiglio federale «Le droit à la protection contre la discrimination» [solo in ted. e franc.] del 25 maggio 2016 riassume i risultati dello studio e le raccomandazioni del CSDU. Per quanto riguarda il settore di discriminazione LGBTI, il CSDU raccomanda fra l'altro esplicitamente di ampliare il settore di protezione dell'articolo 261^{bis} CP allo scopo di poter punire calunnie e denigrazioni pubbliche di persone a causa del loro orientamento sessuale.

Negli ultimi anni anche gli organismi internazionali per i diritti umani si sono impegnati a favore del settore LGBTI e hanno formulato relative raccomandazioni all'indirizzo degli Stati. Nella sua raccomandazione CM/Rec(2010)5 agli Stati membri sulle «Misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere» del 31 marzo 2010, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha, per esempio, esortato gli Stati membri ad adottare «misure adeguate per combattere qualsiasi forma di espressione [...] che possa essere ragionevolmente compresa come elemento suscettibile di fomentare, propagandare o promuovere l'odio o altre forme di discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali o transessuali». Tale «discorso dell'odio» dovrebbe essere vietato e condannato pubblicamente in qualsiasi circostanza³⁷.

Inoltre, il 29 aprile 2015 il Consiglio federale ha deciso di approvare la dichiarazione d'intenti di Valletta, elaborata da un gruppo di Stati membri del Consiglio d'Europa e accolta da 18 di questi Paesi. Essa consolida l'impegno

³⁴ Art. 28a CC

³⁵ Art. 28g CC

³⁶ DTF 126 II 305; sentenza del Tribunale federale 5A_376/2013 del 29 ottobre 2013: Confermata la lesione dell'onore del cantante Michael von der Heide da parte del «Blick». Dopo la sconfitta di Michael von der Heide all'Eurovision Song Contest, il Blick ha pubblicato un fotomontaggio che mostrava la testa del cantante sul corpo della cantante tedesca vincitrice Lena Meyer-Landrut, il tutto accompagnato dal titolo: «Wir wollen auch eine Lena!... aber keine mehr von der Heide.» [*Anche noi vogliamo una Lena! ...E non più un von der Heide*]. Il Tribunale federale ha confermato la lesione della personalità e ha stabilito nella sentenza che Michael von der Heide era stato deriso nella sua omosessualità riconosciuta e rappresentato nel fotomontaggio in modo volgare e spregiativo come una «checca».

³⁷ Raccomandazione n. 6.

nell'ambito della citata raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. La dichiarazione va a completare la raccomandazione del 2010 prevedendo un'esplicita estensione della protezione alle persone intersessuali e la lotta contro tutte le forme di esclusione sociale per non conformità agli stereotipi sessuali.

Nell'ambito della seconda verifica periodica universale del Consiglio ONU dei diritti umani la Svizzera ha ricevuto fra l'altro nel 2012 la raccomandazione di ampliare il campo d'applicazione delle disposizioni concernenti le espressioni dell'odio allo scopo di includere, oltre a razza, religione o provenienza, anche fattori come la lingua, il colore della pelle, il sesso, le menomazioni fisiche o psichiche, l'orientamento sessuale e motivi simili o di adottare una legge federale volta a tutelare da ogni forma di discriminazione, anche a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. La Svizzera ha respinto questa raccomandazione con la motivazione che essa adempie già i propri impegni di diritto internazionale³⁸. Anche il Comitato per i diritti del fanciullo si è rivolto direttamente alla Svizzera nella sua osservazione conclusiva del 2015. Si raccomanda di promuovere più intensamente una cultura della tolleranza e del rispetto reciproco, di creare basi legali esaustive contro la discriminazione a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere e di sancirle nell'articolo 261^{bis} CP³⁹. La stessa raccomandazione si trova parimenti nel quinto rapporto della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) del 19 giugno 2014, nel quale alla Svizzera è stato consigliato di adottare una legislazione esaustiva contro la discriminazione a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere e di recepire questi motivi nell'articolo 261^{bis} CP⁴⁰.

2.2 Il nuovo disciplinamento richiesto

La Commissione propone di completare l'articolo 261^{bis} CP con i criteri dell'«orientamento sessuale» e dell'«identità di genere».

Per orientamento sessuale s'intende la capacità di una persona di sentirsi attratta intensamente dal profilo emotivo e sessuale da persone dello stesso sesso (omosessuale) o di un altro sesso (eterosessuale) o di entrambi i sessi (bisessuale) e di intrattenere con queste persone relazioni intime e sessuali⁴¹.

Il concetto di orientamento sessuale va distinto da quello di preferenza sessuale (o anche inclinazione sessuale). La preferenza sessuale è il concetto generale che fa da cappello alla predilezione sessuale, alle predisposizioni, ai desideri e alle fantasie che potrebbero essere espresse in corrispondenti comportamenti sessuali. La predilezione può riferirsi in modo mirato a determinate pratiche sessuali, a determinati partner o oggetti sessuali oppure in generale a un determinato sesso. I concetti di preferenza sessuale e inclinazione sessuale vengono anche utilizzati per quelle predilezioni o inclinazioni sessuali che possono essere ritenute devianti

³⁸ Parere della Svizzera in merito alle raccomandazioni aperte formulate nell'ambito dell'Esame periodico universale (EPU) del 27 febbraio 2013, pag. 11.

³⁹ Raccomandazione n. 25.

⁴⁰ Raccomandazione n. 19 e 78.

⁴¹ Principi Yogyakarta, Fondazione Hirschfeld Eddy, pag. 11 nota 1.

rispetto alla norma. Preferenze sessuali disturbate patologiche o malate sono definite come parafilie (p. es. sadomasochismo, feticismo o pedofilia).

Il concetto di identità di genere si riferisce al senso profondamente interiore e personale di appartenenza a un sesso, che coincide o meno con il sesso che la persona interessata ha alla nascita. Ciò include la percezione del proprio corpo (fra cui anche il cambiamento volontario del proprio aspetto esteriore o della funzione del corpo mediante interventi medici, chirurgici o di altro tipo), nonché altre forme di espressione del sesso, per esempio mediante il modo di vestire, la lingua e il comportamento⁴². La transessualità e l'intersessualità non sono considerate forme di espressione dell'orientamento sessuale, bensì si riferiscono all'identità di genere.

Il concetto di identità sessuale è utilizzato per contro in modo non uniforme. L'identità sessuale designa l'identità di una persona che si basa sull'orientamento sessuale. L'identità sessuale è riferita all'individuo e descrive come la persona definisce sé stessa, mentre l'orientamento sessuale è rivolto verso un'altra persona e designa l'interesse durevole di una persona riguardo al sesso di un partner potenziale. D'altro canto, si presume anche che l'identità sessuale rappresenti l'autoconsapevolezza di fondo dell'essere umano: chi è questa creatura sessuata? Come percepisce sé stessa e come è percepita dagli altri? A tale proposito si suppone che il concetto comprenda sia l'autoconsapevolezza dal profilo sessuale (sesso biologico, psichico e sociale) sia l'orientamento sessuale. Questa definizione di identità sessuale include gli omosessuali (uomini e donne), gli eterosessuali, i bisessuali, i transessuali o gli intersessuali. D'altro canto il concetto di identità sessuale è utilizzato sovente anche come sinonimo di orientamento sessuale e non contempla la transessualità e l'intersessualità.

La Commissione è dell'avviso che il campo d'applicazione dell'articolo 261^{bis} CP non debba essere ampliato unicamente ai crimini dell'odio e alle discriminazioni a causa dell'eterosessualità, dell'omosessualità e della bisessualità, bensì anche a quelli basati sulla transessualità⁴³ e sull'intersessualità⁴⁴. Riguardo ai crimini dell'odio e alle discriminazioni le persone transessuali e intersessuali sono infatti sovente confrontate con difficoltà simili a quelle incontrate da persone e gruppi di persone omosessuali e bisessuali. Inoltre anche gli ordinamenti giuridici esteri, che

⁴² Principi Yogyakarta, Fondazione Hirschfeld Eddy, pag. 11 nota 2.

⁴³ Il termine «transgender» descrive persone la cui identità di genere si differenzia dal sesso che la natura ha attribuito loro. Queste persone vengono al mondo con un corpo chiaramente maschile o chiaramente femminile, ma si identificano nell'altro sesso, in un'identità a metà strada fra i due sessi o sentono di essere un po' entrambi. Le persone transgender si trovano in un conflitto fra l'identità di genere e il sesso attribuito loro. Essi possono avere un orientamento omosessuale o eterosessuale (Hammarberg, 2011, pag. 132).

⁴⁴ Per «intersex» s'intende un «sesso biologicamente non chiaro». Ciò significa che lo sviluppo sessuale dal profilo cromosomico, genitale e anatomico è atipico e per questa ragione le caratteristiche che differenziano il sesso non confluiscono tutte armoniosamente e univocamente verso il sesso maschile o quello femminile. Il genotipo (costituzione genetica) non corrisponde al fenotipo (aspetto fisico esteriore) e talvolta anche il fenotipo non può essere attribuito inequivocabilmente a un sesso femminile o maschile. Questo fatto può essere riconoscibile già dalla nascita, manifestarsi durante la pubertà o risultare solo in seguito a una visita medica (Hammarberg, 2011, pag. 132; UNHCR Guidelines NR. 9, pag. 4).

contengono fattispecie penali riferite a discriminazioni a causa dell'orientamento sessuale, prevedono nel contempo la punibilità di discriminazioni a causa dell'identità di genere o del sesso (cfr. n. 2.3). Anche le raccomandazioni menzionate nel numero 2.1.3 esigono una protezione dalla discriminazione basata su questi due criteri. Occorre comunque considerare che in tal modo nel Codice penale sono esplicitate e tutelate mediante comminatoria di pena determinate caratteristiche che, nella Costituzione federale, figurano soltanto implicitamente con i termini di «sesso» e «modi di vita». Per contro le norme penali antirazzismo nel CP e nel CPM prevedono sinora una pena solo per le discriminazioni vietate di cui all'articolo 8 capoverso 2 Cost.

Le varianti di atti disciplinate nei cinque commi dell'articolo 261^{bis} CP non vanno inoltre modificate. Vanno anche mantenute la pena comminata della privazione della libertà sino a tre anni o la pena pecuniaria.

Infine, vanno completati allo stesso modo anche le corrispondenti disposizioni nel CMP.

2.3 Diritto comparato

Diversi Paesi europei conoscono già disposizioni penali che sanzionano l'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione a causa dell'orientamento sessuale.

In Austria l'articolo 283 del Codice penale (CP-A) prevede la punibilità dell'incitamento. La pena comminata è la privazione della libertà sino a due anni⁴⁵. L'articolo 283 CP-A tutela le persone e i gruppi di persone che possono essere definiti sulla base dei seguenti criteri: chiesa o comunità religiosa, razza, colore della pelle, lingua, religione o ideologia, cittadinanza, provenienza o origine nazionale o etnica, sesso, menomazione fisica o psichica, età e orientamento sessuale. I criteri del colore della pelle, della lingua, dell'ideologia, del sesso, delle menomazioni, dell'età e dell'orientamento sessuale sono stati inseriti il 1° gennaio 2012 nell'articolo 283 CP-A⁴⁶. Il capoverso sull'incitamento punisce, da un lato, le esternazioni che mirano a fomentare la violenza o l'odio nei confronti di persone e gruppi di persone, mentre dall'altro sono punite le esternazioni volte a umiliare determinate persone e gruppi di persone. Le esternazioni devono essere intese a rappresentare le persone a cui sono rivolte come esseri senza valore o indegni della considerazione dei loro prossimi. L'incitamento deve luogo pubblicamente. Ciò significa che esso deve essere percepito da almeno 30 persone («viele Menschen»). Se viene percepito da oltre 150 persone («breite Öffentlichkeit»), sono previste severe punizioni⁴⁷.

⁴⁵ Pene diverse nelle varianti di atti qualificati e privilegiati secondo i capoversi 2-4.

⁴⁶ Il 1° gennaio 2016 è entrata in vigore una nuova versione dell'articolo 283 CP-A: l'elenco delle persone tutelate e dei gruppi di persone tutelati è rimasto sostanzialmente immutato. È stato tuttavia sancito espressamente che il gruppo protetto può essere definito sia in positivo sia in negativo. Ora rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 283 CP-A anche l'incitamento contro gli stranieri o gli atei.

⁴⁷ Art. 283 cpv. 2 CP-A; pena comminata: pena detentiva sino a tre anni.

Secondo l'articolo 225 capoversi 1–4 del Codice penale francese, sono vietati gli atti discriminatori a causa dell'origine, del sesso, della situazione familiare, dello stato di gravidanza, dell'aspetto esteriore, del nome di famiglia, dello stato di salute, di una menomazione, di caratteristiche genetiche, della morale, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, dell'età, dell'opinione politica, delle attività sindacali, dell'appartenenza o non appartenenza o dell'appartenenza data o presunta a un'etnia, una nazione, razza o religione.

Anche ad esempio nei Paesi Bassi⁴⁸ e in Danimarca⁴⁹ le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono state equiparate a quelle basate sulla razza e sono punibili.

3 **Commento alle singole disposizioni**

3.1 **Codice penale**

Art. 261^{bis} Discriminazione e incitamento all'odio

L'elenco «razza, etnia o religione» nei cinque commi vigenti va completato con l'«orientamento sessuale» e l'«identità di genere». Nel secondo comma è quindi necessario un adeguamento linguistico. In seguito a queste modifiche, d'ora in poi anche i crimini dell'odio e le discriminazioni contro le persone LGBTI rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 261^{bis} PP-CP. Le esternazioni discriminatorie e i crimini dell'odio contro preferenze sessuali disturbate patologiche o malate, come la pedofilia, non rientrano per contro nell'ambito di tutela della norma proposta (cfr. n. 2.2).

In seguito al completamento degli elementi la rubrica marginale del vigente articolo 261^{bis} CP (discriminazione della razza) si rivela troppo restrittiva. Essa va pertanto adeguata e deve quindi recitare: «Discriminazione e incitamento all'odio».

L'art. 261^{bis} CP non deve essere modificato in modo più radicale. Le varianti vere e proprie di atti rimangono immutate. A questo riguardo si può rinviare alle considerazioni relative al diritto vigente nel numero 2.1.1. In generale va sottolineato che in tal modo l'articolo 261^{bis} PP-CP sanziona come finora esternazioni discriminatorie e d'ora in poi anche in particolare esternazioni omofobe, se sono pronunciate in pubblico e se denigrano gli interessati in modo lesivo della loro dignità (cfr. n. 2.1.1). In tal modo alla libertà d'espressione è attribuito come finora un valore alto.

Anche la comminatoria di pena nel sesto comma deve rimanere invariata e prevedere una pena pecuniaria o una pena detentiva sino a tre anni. Infine l'articolo 261^{bis} PP-CP deve rimanere un reato perseguibile d'ufficio, vale a dire le autorità preposte al perseguimento penale sono tenute a perseguire d'ufficio i crimini dell'odio e le discriminazioni a causa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Come nel diritto vigente, per contro, non è conferita qualità di parte né la

⁴⁸ Art. 137d CP-NL

⁴⁹ Art. 266b CP-DK

possibilità di ricorso alle associazioni. Il Codice penale e il Codice di procedura penale attualmente in vigore non conoscono il diritto di ricorso delle associazioni, poiché con il Ministero pubblico della Confederazione disponiamo già di un'autorità tenuta a tutelare i diritti generali e di gruppo e ad attuare d'ufficio il diritto in materia penale.

3.2 Codice penale militare

Art. 171c Discriminazione e incitamento all'odio

Questa disposizione è identica nel tenore vigente a quella dell'articolo 261^{bis} CP. Per mantenere la concordanza, le modifiche proposte per l'articolo 261^{bis} PP-CP valgono allo stesso modo anche per questa disposizione.

4 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale

Le modifiche proposte non hanno alcuna ripercussione finanziaria né sull'effettivo del personale.

5 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

Le modifiche proposte sono compatibili con gli impegni internazionali della Svizzera.

6 Basi legali

6.1 Costituzionalità e legalità

Il progetto si fonda sull'articolo 123 capoverso 1 Cost., che conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare nell'ambito del diritto penale e del diritto di procedura penale.

6.2 Delega di competenze legislative

Il progetto non contiene alcuna delega di competenze legislative.

6.3 Forma dell'atto

Il presente progetto prevede la revisione di leggi federali.

