

**REATI IN TEMA DI DISCRIMINAZIONE:
IL PUNTO SULL'EVOLUZIONE NORMATIVA RECENTE,
SUI PRINCIPI E VALORI IN GIOCO, SULLE PROSPETTIVE LEGISLATIVE
E SULLA POSSIBILITA' DI INTERPRETARE IN SENSO CONFORME
A COSTITUZIONE LA NORMATIVA VIGENTE***

di Giuseppe Pavich e Andrea Bonomi**

SOMMARIO: 1. La legge 654/1975 di ratifica della Convenzione di New York. – 2. La legge Mancino (d.l. 122/1993 convertito nella legge n. 205/1993). – 3. La legge n. 85/2006 e la riforma dei reati di opinione. – 4. Modalità della condotta e oggetto della discriminazione, fra diritto positivo e prospettive legislative. – 4.1. Discriminazione. – 4.2. Negazionismo e apologia. – 4.3. Incitamento e istigazione; diffusione e propaganda. – 5. Il bene giuridico protetto. – 6. Dall'attuale situazione alle prospettive *de lege ferenda*. – 7. La cornice costituzionale e sovranazionale e il possibile contrasto fra principi generali. – 7.1. I parametri costituzionali e sovranazionali del ripudio della discriminazione. – 7.2. Rapporti fra reati in tema di discriminazione e libertà di manifestazione del pensiero. – 7.3. Tra ribellione della coscienza collettiva e problemi derivanti dall'estremizzazione dei concetti. – 8. Effetti del dibattito sull'interpretazione delle leggi penali in tema di discriminazione. – 8.1. Dal dibattito sui principi all'interpretazione e applicazione del precetto penale. – 8.2. Problemi ermeneutici nella descrizione delle condotte criminose alla stregua della legislazione vigente. – 8.3. La contestualizzazione delle condotte come criterio interpretativo. – 9. La legge "Reale/Mancino" e successive modifiche: è possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale normativa?

1. La legge 654/1975 di ratifica della Convenzione di New York.

Sul piano del diritto positivo italiano, le disposizioni penali che puniscono le manifestazioni di discriminazione razziale prendono le mosse dalla ratifica della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, intervenuta con la legge 13 ottobre 1975, n. 654.

Nella sua formulazione originale, l'art. 3, comma 1, della legge, in attuazione della disposizione di cui all'art. 4 della Convenzione, puniva con la reclusione da uno a quattro anni (lett. a) "*chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*", ovvero (lett. b) "*chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale*". La fattispecie criminosa contiene peraltro una clausola di salvaguardia ("*salvo che il fatto costituisca più grave reato*").

* Il lavoro è frutto della riflessione comune dei due Autori; tuttavia, più specificamente i paragrafi 1-8 sono da attribuire a G. PAVICH, mentre il paragrafo 9 è da attribuire ad A. BONOMI.

** Giuseppe Pavich è magistrato; Andrea Bonomi è dottore di ricerca in diritto costituzionale.

Erano poi puniti dallo stesso articolo (al comma 2) con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti (o coloro che prestino assistenza) ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello “di incitare all’odio o alla discriminazione razziale”; per i capi o promotori di siffatte organizzazioni o associazioni la pena era aumentata.

L’ipotesi di reato di cui all’art. 3 comma 1 legge 654/1975 è stata però significativamente modificata, come vedremo, dapprima dall’art. 1 del d.l. 122/1993 (convertito nella legge 205/1993), poi dall’art. 13 della legge 24 febbraio 2006, n. 85.

Per il momento basterà osservare che l’intervento legislativo di ratifica muove dall’impegno assunto dagli Stati firmatari della Convenzione (art. 4), che obbliga detti Stati a “dichiarare crimini punibili dalla legge, **ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull’odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento**”, nonché a “dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l’incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività”.

I punti critici che si profilano nelle fattispecie che incriminano la diffusione delle idee razziste e – in qualche misura – in quelle che puniscono l’incitamento alla discriminazione razziale riguardano, da un lato, la nozione di “diffusione delle idee” e quella di “incitamento” (e se ne dirà in seguito, atteso che tali nozioni sono state poi sostituite, almeno sul piano lessicale, dalla legge attualmente vigente); dall’altro, riguardano il possibile conflitto fra principi generali di portata anche costituzionale: in particolare tra quello in base al quale è vietata ogni forma di discriminazione (desumibile sul piano generale dall’art. 3 Cost.) e quello di libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).

Come meglio si vedrà oltre, questo è uno degli aspetti salienti della problematica legata alle norme penali antidiscriminatorie, anche se non è il solo.

2. La legge Mancino (d.l. 122/1993 convertito nella legge 205/1993).

Un più organico intervento legislativo a carattere antidiscriminatorio si ha con il decreto legge 122/1993, convertito con modifiche nella legge 205/1993¹.

Trascurando per brevità le vicissitudini intercorse nella fase di conversione, e prendendo in esame unicamente il “risultato finale” (ossia il testo coordinato del

¹ Numerosi i contributi critici in dottrina a proposito della legge Mancino: tra i tanti, P. ZAVATTI – A. TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1995, fasc. 4 (ottobre), pp. 565 ss.; G. DE FRANCESCO, *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all’art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 1994, fasc. 2 (giugno), pt. 2, pp. 216-217.

decreto e della legge di conversione), ci si avvede innanzitutto che la novella legislativa introduce modifiche significative al già citato articolo 3 della legge 654/1975.

Vengono infatti modificati i limiti edittali della disposizione di cui all'originario comma 1 e viene in qualche modo estesa alle discriminazioni religiose l'azione di repressione penale².

Infatti il nuovo testo dell'art. 3 comma 1 della legge 654/1975, novellato dalla legge Mancino, punisce:

“a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi³”.

Se ne ricava che, in un quadro di complessiva attenuazione delle conseguenze sanzionatorie (gli estremi edittali risultano infatti generalmente modificati verso il basso rispetto alla previsione del 1975), vengono distinte le condotte di mera “diffusione delle idee” e di mero “incitamento alla discriminazione”, punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o violenza, o provocazione alla violenza, punite più gravemente (ma sempre con pene meno elevate rispetto alla previsione originaria: infatti il minimo edittale scende comunque da un anno a sei mesi); a fronte di ciò, assume rilievo – in aggiunta alla discriminazione per motivi razziali, nazionali o etnici – quella per motivi religiosi.

Analoghe modifiche (lieve contenimento delle pene, estensione della repressione alle forme di discriminazione di tipo religioso) si hanno in riferimento al novellato capoverso 3 dell'art. 3 c. 1 l. 654/1975, che punisce chi a vario titolo partecipa ad associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi aventi finalità discriminatorie.

Il quadro sanzionatorio è però completato dall'aggiunta di sanzioni accessorie a carattere sostanzialmente rieducativo, puntualmente elencate ai commi da 1 *bis* a 1 *sexies*.

Viene poi introdotta una nuova ipotesi di reato che punisce *“chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3”* della legge 654/1975.

Di fondamentale importanza, soprattutto per la potenziale estensione a numerose fattispecie di reato, è però l'aggravante introdotta dall'art. 3 del d.l. 122/1993, che, nel testo modificato in sede di conversione, così recita:

“1. per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare

² In senso complessivamente critico, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, pp. 14 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.

³ Si veda E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in *Cassazione Penale*, 1999, fasc. 3 (marzo), pp. 984-987.

l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante".

Quindi, a parte la notazione riferita al fatto che si tratta di un caso di aggravante "rinforzata" (ossia non soggetta a giudizio di bilanciamento), ciò che rileva ai fini del riconoscimento della stessa è l'aver commesso il fatto (costituente qualsivoglia reato, purché punito con pena diversa dall'ergastolo) per *finalità di discriminazione o odio (etnico, nazionale, razziale o religioso), ovvero di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.*

3. La legge 85/2006 e la riforma dei reati di opinione.

Nel quadro di una più complessa e articolata riforma dei reati di opinione, la recente legge 85/2006, all'art. 13, ha ulteriormente modificato l'art. 3 comma 1 della legge 654/1975⁴.

In particolare:

- alla lettera a), oltre a un'ulteriore diminuzione della pena (che ora è alternativa: reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino a 6000 euro), vengono modificati i termini definitori della condotta penalmente rilevante: è punito non più chi "*diffonde in qualsiasi modo*", ma chi "*propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*"; non più chi "*incita*", ma chi "*istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*";

- alla lettera b), è ora punito non più chi "*incita*", ma chi "*istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*".

Naturalmente ci si interroga sulla diversità di significato sottesa alla modifica terminologica che definisce le condotte incriminate: dove, ad esempio, sia il discrimine

⁴ Numerosi i contributi, spesso assai critici, verso la legge 85/2006 in tema di reati di opinione. Fra i tanti, T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 14, pp. 23 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA, a cura di, *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 135 ss.; M. PELLISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pp. 960 ss.; D. NOTARO, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 401 ss.; originale e interessante il contributo di C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, parte V, pp. 217 ss. Ed ancora, in termini maggiormente orientati verso i delitti contro le confessioni religiose, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 82; V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni dopo la legge 24 febbraio 2006*, n. 85, Milano, 2007, pp. 169 ss.

fra la “diffusione in qualsiasi modo” e la “propaganda”, e dove sia il discrimine fra “incitamento” ed “istigazione”. Se ne dirà oltre.

4. Modalità della condotta e oggetto della discriminazione, fra diritto positivo e prospettive legislative.

4.1. Discriminazione⁵.

Fin dalla prima stesura della legge di ratifica della convenzione di New York, l'enunciazione riguardante il fenomeno che si intendeva combattere indicava come parametri descrittivi il concetto di *discriminazione* e quello di *odio razziale*; perverso, si estendevano tali concetti all'essere riferiti a un *gruppo etnico, nazionale o razziale*, a significare che, oltre al fenomeno del razzismo propriamente detto (riferito cioè all'appartenenza di determinati soggetti o comunità a una certa “razza”), si intendeva combattere i fenomeni di odio e di discriminazione anche quando riguardavano persone appartenenti a una certa etnia, o a una certa nazionalità.

La nozione di *discriminazione* è descritta dal punto di vista normativo nell'art. 1 della Convenzione di New York, secondo il quale essa “*sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*”.

Nell'ordinamento italiano, una nozione di discriminazione pressoché identica viene fornita dall'art. 43 d.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), sia pure in esclusiva correlazione alla normativa in cui tale disposizione è collocata:

“Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

La giurisprudenza ha tentato a sua volta di fornire una descrizione della discriminazione.

La Cassazione ha, ad esempio, affermato che, quando si parla di “*sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore*”, ci si riferisce a “*un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di*

⁵ Per un quadro stimolante ed esaustivo, si veda S. RIONDATO, a cura di, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006. Si vedano inoltre C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, in *Dig. pen.*, Appendice agg., 2008, pp. 850 ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 67.

parità⁶”; oppure ha identificato la discriminazione come un “*pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza*”⁷. Come è agevole osservare, a circoscrivere la nozione di discriminazione rilevante ai fini che qui interessano si adoperava spesso il richiamo al sentimento di superiorità della razza di appartenenza e, specularmente, di inferiorità della razza o dell’etnia cui la condotta è rivolta.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la discriminazione è descritta in modo assai generico e ampio: essa consiste infatti nel “*trattare in modo differente, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni comparabili*”⁸. Il fondamento della nozione fornita dalla Corte di Strasburgo è costituito dall’art. 14 della Convenzione dei diritti dell’uomo, il quale afferma che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella 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.

Fatta questa premessa descrittiva in ordine alla nozione di discriminazione, può essere utile verificarne le applicazioni nella casistica giurisprudenziale italiana.

Ad esempio, in una recente sentenza, la Cassazione ha affermato che l’aggravante della finalità di discriminazione razziale è configurabile per il solo fatto dell’impiego di modalità di commissione del reato consapevolmente fondate sul disprezzo razziale, restando irrilevanti le ragioni, che possono essere anche di tutt’altra natura, alla base della condotta (nella specie, si trattava di un delitto di lesioni in cui l’inequivoca volontà di discriminazione era stata tratta dal ricorso, già solo, a frasi come “sporco negro”⁹). In altra sentenza, la Cassazione ha ravvisato gli estremi del reato di propaganda di idee discriminatrici nell’intervento di un consigliere comunale contenente affermazioni fondate sull’odio e la discriminazione razziale ai danni delle Comunità Rom e Sinti nel corso di una seduta consiliare¹⁰. Sul piano oggettivo, è poi interessante il caso oggetto di altra decisione della Suprema corte, che ha ravvisato l’aggravante della finalità di discriminazione razziale nella condotta di colui che effettui telefonate all’indirizzo della persona offesa – nella specie docente di storia e studiosa delle persecuzioni razziali antisemite avvenute in Italia durante l’occupazione nazista – prospettandole alcuni mali ingiusti, rientranti nel genere di quelli praticati in un lager nazista (stupro etnico razziale), e manifesti odio nei confronti del popolo ebraico ed esultanza per le persecuzioni di cui è stato vittima: ciò in quanto – si osserva nella sentenza – la finalità di odio razziale e religioso – integrante l’aggravante in questione – sussiste non solo quando il reato (nella specie, minaccia) sia rivolto ad un appartenente al popolo ebraico, in quanto tale, ma anche quando sia indirizzato a

⁶ Cass., Sez. V, 28 gennaio 2010 (dep. 25/03/2010), n. 11590, Rv. 246892.

⁷ Cass., Sez. V, 28 dicembre 2009 (dep. 28/12/2009), n. 49694, Rv. 245828.

⁸ CEDU, Willis c. Regno Unito, ric. n. 36042/97, par. 48. Si veda anche CEDU, Zarb Adami c. Malta, ric. n. 17209/02, par. 71.

⁹ Cass., Sez. V, 4 febbraio 2013 (dep. 15/07/2013), n. 30525, Rv. 255558.

¹⁰ Cass., Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47894, Rv. 254074.

coloro che, per le più diverse ragioni, siano accomunati dall'agente alla essenza e ai destini del detto popolo¹¹. In un altro caso, è stata ravvisata l'aggravante dalla finalità di odio razziale (in riferimento a reati di ingiurie, minacce e lesioni personali) nei confronti di alcuni soggetti, i quali avevano aggredito fisicamente e verbalmente, all'interno di un autobus e successivamente di un bar, una studentessa di colore, e alludendo alla stessa avevano detto: "adesso gli dai una gomma negra come lei"¹².

L'estensione della nozione di discriminazione a gruppi contraddistinti non più solo dall'origine etnica, o razziale, o geografica, ma da altre connotazioni (es. religioso, di genere ecc.) avviene in seguito a una progressiva presa di coscienza delle possibili, molteplici manifestazioni e direzioni delle condotte discriminatorie o finalizzate a discriminare.

In parte, i comportamenti discriminatori su base religiosa tendono ad avere, al loro interno, anche una radice etnica o razziale, a misura che la religione discriminata sia a sua volta caratterizzata, almeno nell'immaginario collettivo, da legami con l'appartenenza dei suoi fedeli a questa o a quella origine etnica (è il caso dell'ebraismo, ma anche dell'islamismo). In misura minore, la discriminazione a sfondo religioso colpisce anche i seguaci di religioni non strettamente legate a una certa appartenenza etnica o culturale o geografica (come nel caso del cristianesimo).

Quanto invece alle discriminazioni di genere, che per lungo tempo hanno colpito la condizione femminile, si assiste negli ultimi decenni a manifestazioni discriminatorie nei riguardi di categorie di soggetti la cui sessualità è stata a lungo considerata alla stregua di un'anomalia, se non addirittura di una patologia o di una devianza (ci si riferisce in particolare all'omosessualità, nelle sue diverse accezioni¹³).

In tutti questi casi, la condotta discriminatoria muove dalla sottolineatura di una diversità e di una appartenenza a determinate categorie o gruppi di persone, accomunate da un fattore (l'origine etnica o geografica, il credo religioso, l'orientamento sessuale) visto come connotato negativo, come oggetto di dileggio, di disprezzo, di odio, o come segno di una pretesa inferiorità.

¹¹ Cass., Sez. V, 19 ottobre 2011 (dep. 12/01/2012), n. 563, Ud. Rv. 252662.

¹² Cass., Sez. V, 29 ottobre 2009, n. 49694.

¹³ Vds. L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale* (commento a CEDU, Sez. V, Vejdeland e altri c. Svezia, ric. n. 1813/07, 9 febbraio 2012), in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, fasc. 1, p. 407; ed inoltre, P.F. POLI, [La condanna per la distribuzione in una scuola superiore di volantini aventi contenuto pregiudizievole nei confronti degli omosessuali non viola l'art. 10 Cedu](#), in *questa Rivista*, 2 marzo 2012. Si veda anche C. BRIGNONE, [Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v. Grecia](#) (commento a CEDU, Grande Camera, Vallianatos e altri v. Grecia, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, 7 novembre 2013), *ivi*, 13 novembre 2013.

4.2. Negazionismo e apologia.

Una particolare manifestazione del fenomeno della discriminazione si ha con il cosiddetto “negazionismo”¹⁴: un concetto con il quale si indica l’atteggiamento di minimizzazione, o di scetticismo, o addirittura di rifiuto nei riguardi di verità storiche aventi ad oggetto casi eclatanti di discriminazione, spesso anche con l’impiego della violenza, in danno di determinate comunità etniche, religiose ecc.; specularmente assume rilievo l’atteggiamento di vera e propria “apologia” di condotte discriminatorie legate a determinate vicende storiche¹⁵.

Negando tali verità storiche, si mostra un atteggiamento che spesso è indirettamente adesivo verso le condotte di chi si è reso responsabile di tali vicende storiche a sfondo discriminatorio. Quanto invece all’apologia delle condotte discriminatorie, essa segna, con ancora maggiore chiarezza, l’adesione a queste ultime e la natura intrinsecamente discriminatoria dell’atteggiamento apologetico.

I casi storicamente più eclatanti di negazionismo riguardano le posizioni assunte, in sede politica o culturale, nei riguardi dell’olocausto e della *shoah*. Ma non sono mancati casi in cui il negazionismo ha riguardato altre vicende storiche.

Sotto tale profilo è emblematica la vicenda che ha formato oggetto della recente sentenza della CEDU nel caso *Perinçek c. Svizzera* (la pronuncia è del 17 dicembre 2013): il ricorrente Doğu Perinçek era stato condannato dal Tribunale federale svizzero per le sue affermazioni a proposito dei crimini commessi nel 1915 dall’Impero ottomano contro il popolo armeno (il ricorrente non aveva negato tali crimini, ma aveva sostenuto che non si trattasse di genocidio e che si trattasse di uno sterminio giustificato da ragioni belliche). Il codice penale svizzero prevede espressamente come reato (art. 261 *bis*, 4° alinea) la condotta di 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 o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l’umanità.

La Corte EDU ha, in questo caso, adottato una decisione favorevole al ricorrente, sostenendo che la condanna subita dal Perinçek per contestazione di crimini di genocidio o contro l’umanità è in contrasto con la libertà di espressione; per tal via, si è osservato, la Corte di Strasburgo ha implicitamente avvalorato l’esclusività del riferimento alla sola *shoah* del concetto di negazionismo¹⁶. Come si vedrà oltre, infatti,

¹⁴ Sul tema, v. C. MEOLI, *Negazionismo e antinegazionismo in Europa*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* in www.europeanrights.eu, 2010, newsletter 22; S. PARISI, *Il negazionismo dell’Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, dicembre 2013, pp. 879-904.

¹⁵ Sui temi generali dell’istigazione e dell’apologia, C. VISCONTI, *I delitti di istigazione, apologia e pubblica intimidazione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, a cura di, *Trattato di diritto penale*, Torino, 2008, vol. III, pp. 1027 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, in G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 246.

¹⁶ P. LOBBA, [Un “arresto” della tendenza repressiva europea sul negazionismo](#), in *questa Rivista*, 15 gennaio 2014.

in altri casi la Corte aveva affermato principi contrari al negazionismo, ma sempre in relazione all'olocausto¹⁷.

Si ricorderà che un caso di negazionismo approdato alle cronache giudiziarie è quello del professore inglese David Irving, condannato in Austria a 3 anni di reclusione per aver negato l'olocausto (nonostante un tardivo pentimento, manifestato nel corso del giudizio).

In Italia, in un quadro giurisprudenziale ancora poco organico, si tende a escludere che il negazionismo integri alcuna delle ipotesi di reato in tema di discriminazione, a meno che non si accompagni all'incitamento alla violenza o alla discriminazione. Nel novembre del 2013, il Tribunale di Roma ha assolto il prof. Roberto Valvo dall'accusa di aver posto in essere attività finalizzate alla discriminazione o all'odio razziale: in sostanza il docente avrebbe affermato, alla presenza di colleghi e alunni, che «La Shoah è un'invenzione degli alleati»; «le prove mancano e sono state spesso contraffatte», e altre frasi simili, di chiara intonazione negazionista.

Tale episodio ha portato alla ribalta l'esigenza di estendere al negazionismo la perseguibilità penale delle condotte improntate a discriminazione o a odio razziale, e in sede politica sono state in breve tempo avanzate proposte di integrazione della legge vigente in modo da ricomprendere anche le esternazioni negazioniste fra le condotte punibili¹⁸.

Quanto all'apologia del razzismo, laddove essa sia riconducibile alle nozioni di "propaganda" o di "istigazione", ovvero implichi l'impiego e l'esibizione di simboli richiamanti le organizzazioni razziste, si può ritenere che essa sia punibile per la legge italiana. In base a una recente pronuncia della Cassazione, il reato di cui all'art. 2, comma secondo, d.l. 26 aprile 1993 n. 122, conv. con modif. in legge 25 giugno 1993 n. 205, sussiste per il solo fatto che taluno acceda ai luoghi di svolgimento di manifestazioni agonistiche recando con sé emblemi o simboli di associazioni o gruppi razzisti e simili, nulla rilevando che a tali gruppi o associazioni egli non sia iscritto¹⁹. Ciò integra pertanto la condotta di uso di simboli propri delle organizzazioni razziste.

Va aggiunto che la legge n. 962/1967, oltre a punire il genocidio e altre condotte connesse, sanziona penalmente, all'art. 8, sia l'apologia del genocidio che la pubblica istigazione a commettere alcuno dei delitti di genocidio previsti dalla legge stessa.

Cionondimeno, in sede legislativa si è recentemente proposto²⁰ di arricchire il catalogo delle condotte discriminatorie punite secondo l'attuale legge con l'inserimento (oltreché della condotta di negazionismo) anche dell'apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

Tra i pochissimi precedenti giurisprudenziali di applicazione del citato art. 8 l. 962/1967, ve n'è uno in cui si afferma che l'apologia di genocidio è un reato di pura

¹⁷ Ad esempio nel caso *Garaudy c. Francia*, con declaratoria di irricevibilità del ricorso (n. 65831 del 24/6/2003).

¹⁸ Si veda da ultimo il d.d.l. – A.S. n. 54, XVII^a legislatura, prima firmataria sen. Amati.

¹⁹ Cass., Sez. III, 29 novembre 2006 (dep. 08/03/2007), n. 9793, Lucani, Rv. 235820.

²⁰ Con il già citato d.d.l. – A.S. n. 54.

condotta che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili. Ne consegue che la condotta idonea ad integrarne gli estremi non è già quella capace di generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidiari, ma quella di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio per cui ne rispondono coloro che si richiamino ai campi di sterminio, o attuino lo squallido umorismo dello slogan, "saponette, saponette" allusivo alla tecnica di distribuzione delle spoglie carnali delle vittime²¹.

4.3. Incitamento e istigazione; diffusione e propaganda.

Si è visto che, nella recente evoluzione del quadro legislativo nazionale, l'originaria formulazione delle fattispecie criminose in tema di discriminazione è stata modificata in alcuni aspetti terminologici, che una parte della dottrina e della giurisprudenza ha però ritenuto di una certa importanza per circoscrivere l'area delle condotte penalmente rilevanti²².

A proposito della sostituzione del concetto di "diffusione" delle idee razziste con quello di "propaganda" di tali idee, e del concetto di "incitamento" con quello di "istigazione", la giurisprudenza della Suprema corte tende a escludere una discontinuità contenutistica del paradigma della condotta criminosa rispetto alla normativa antecedente la legge 85/2006, che ha apportato tali modifiche alle disposizioni previgenti. Afferma infatti la Cassazione²³ che, in tema di atti di discriminazione razziale ed etnica, anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 13 della l. 24 febbraio 2006, n. 85 all'art. 3, comma primo, lett. a) della l. 13 ottobre 1975, n. 654 (come modificato dall'art. 1 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modd. in l. 25 giugno 1993, n. 205), sussiste continuità normativa tra le corrispondenti fattispecie incriminatrici, in quanto la condotta consistente nel "propagandare" idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico era già ricompresa in quella, originariamente prevista, consistente nel "diffondere" in qualsiasi modo le medesime idee (nella pronunzia, la Corte ha ulteriormente precisato che, nel caso in esame, si è semplicemente modificato in misura più favorevole il trattamento sanzionatorio). Nella stessa sentenza, la Suprema corte afferma inoltre che non vi è alcuna soluzione di continuità normativa "tra la ipotesi di incitamento e quella di istigazione a commettere atti di discriminazione (...). Infatti, secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l'incitamento a commettere atti di

²¹ Cass., sez. I, 29 marzo 1985 (dep. 23/07/1985), n. 7298, Abate, Rv. 90623.

²² Tra i tanti contributi, si veda L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. Merito*, n. 9/2006, pp. 1960 ss.; C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di Cassazione*, in *Ind. Pen.*, n. 1/2009, p. 207 (commento a Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234). Si veda anche il saggio di L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.

²³ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008 (dep. 03/10/2008), n. 37581, Mereu, Rv. 241072.

discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazione razziale continua a essere riprovevole nella successione delle leggi penali di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" non è altro che una precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma".

Dunque, al di là del più mite trattamento sanzionatorio, il ricorso alle espressioni "istigazione" e "propaganda" al posto delle espressioni "incitamento" e "diffusione" non modifica, secondo la giurisprudenza di legittimità, il quadro legislativo di riferimento.

In realtà, gli stessi lavori parlamentari e le stesse iniziative legislative in materia lasciano pensare che da alcuni ambienti si sia inteso associare, al più favorevole trattamento sanzionatorio introdotto dalla legge 85/2006, una descrizione più restrittiva delle condotte penalmente rilevanti, e che quindi l'uso dei termini "istigazione" e "propaganda" fosse sotteso a tracciare limiti più ristretti all'area del disvalore penale. Ne è la prova, *a contrario*, un disegno di legge di iniziativa governativa, del 25 gennaio 2007, in cui, seguendo a 360 gradi il percorso inverso rispetto a quello tracciato dalla legge n. 85/2006, si inaspriscono nuovamente le pene e si ritorna ai precedenti concetti di "incitamento" e di "diffusione", quasi che attraverso di essi si intendesse estendere le fattispecie penalmente perseguibili, in un'ottica generale – estesa anche alle discriminazioni di tipo sessuale – improntata a una maggiore severità in tema di reati di opinione²⁴.

Mette conto segnalare che non sono mancate pronunce di merito in cui si è affermato che il sostantivo propaganda evocerebbe qualcosa di più ampio del diffondere e soprattutto presupporrebbe organizzazione di mezzi e molteplicità di interventi, il che – secondo tale orientamento – starebbe a significare che nel 2006 il legislatore ha deliberato di restringere le maglie del punibile; secondo tale indirizzo, quindi, per propaganda deve intendersi la diffusione di messaggi volti ad influenzare idee ed i comportamenti dei destinatari; e che l'uso del verbo "propagandare" al posto di "diffondere" restringe la fattispecie originaria, perché implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata poiché propagandare un'idea significa divulgarla, al punto da condizionare o influenzare il comportamento e la psicologia di un vasto pubblico, in modo da raccogliere adesioni attorno ad essa²⁵.

Un simile orientamento, peraltro sostanzialmente disatteso – si ripete – dalla giurisprudenza di legittimità, sembrerebbe tuttavia confortato indirettamente da un richiamo all'uso della nozione di propaganda che si desume da altri arresti giurisprudenziali della Cassazione, non già *in subiecta materia*, ma in relazione ad altre fattispecie incriminatrici nelle quali quella nozione assume rilievo. Si pensi, ad

²⁴ La vicenda è illustrata, con accenti critici, da A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2-3, 2007, p. 689 ss., *sub nota* n. 102.

²⁵ Il passo è estratto dalla premessa critica contenuta in Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 2012 (dep. 11/12/2012), n. 47894, e richiama la sentenza del Tribunale di Trento del 24/9/2009, e quella di conferma emessa dalla Corte di appello di Trento, annullata con rinvio dalla Suprema corte.

esempio, alla pronunzia in cui la Suprema corte ha qualificato come “propaganda sovversiva” (art. 272 c.p.) l’azione di colui che, *in qualsiasi modo e con qualsiasi mezzo di diffusione*, ponga a conoscenza di un *numero indeterminato di persone* idee, propositi ed apprezzamenti di ordine sociale o politico *idonei, per la loro concretezza e specificità, a provocare un effettivo e concreto pericolo di adesione alle idee, alle tesi ed ai propositi propagandati*²⁶. Si vorrebbe, insomma, trarre da simili elaborazioni concettuali una nozione di propaganda più restrittiva, in cui alla mera diffusione delle idee con qualsiasi mezzo si accompagnerebbe il pericolo concreto che a tale diffusione corrisponda una effettiva adesione dei destinatari.

5. Il bene giuridico protetto.

Si è molto discusso di quale sia il bene giuridico protetto dalle disposizioni che sanzionano gli atti discriminatori, nelle loro varie forme.

Emblematica, a questo riguardo, è la vicenda processuale che vide protagonisti alcuni dirigenti veronesi della Lega Nord, condannati dal locale tribunale con sentenza in data 2/12/2004 per avere raccolto firme (in vista di una petizione popolare) e diffuso manifesti con i quali si sollecitava l’amministrazione cittadina ad espellere i rom e a smantellare i loro insediamenti irregolari dal territorio scaligero; l’ipotesi accusatoria, poi recepita nella sentenza di condanna, era che essi avessero “*diffuso idee fondate sulla superiorità e sull’odio razziale ed etnico ed incitato i pubblici amministratori competenti a commettere atti di discriminazione per motivi razziali ed etnici e conseguentemente creato mediante la richiesta di adesione in forma diffusa all’iniziativa discriminatoria da loro patrocinata, un concreto turbamento della coesistenza pacifica dei vari gruppi etnici nel contesto sociale al quale il messaggio era indirizzato*”.

Nei successivi gradi di giudizio la sentenza veniva sostanzialmente ribaltata: sia in appello che in cassazione interveniva infatti l’assoluzione per l’incitamento ad atti discriminatori riferito al provvedimento richiesto agli amministratori del comune di Verona con la petizione popolare; e, mentre in appello veniva confermata la condanna per la diffusione (nel frattempo divenuta, legislativamente, “propaganda”) di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, la Suprema corte annullava la condanna con rinvio, sollecitando ai giudici incaricati di riesaminare la vicenda di “*indicare la ragione per la quale, nonostante l’assoluzione dal delitto di istigazione a commettere atti discriminatori, oramai definitiva, permanga la responsabilità per la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale*”²⁷.

I giudici del rinvio confermavano la condanna per la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale.

Sotto il profilo dell’interesse giuridico protetto, mentre l’originaria sentenza del Tribunale veronese lo indicava nella pubblica tranquillità e nella pacifica convivenza

²⁶ Cass., Sez. I, 12 maggio 1986 (dep. 13/10/1986), n. 10779, Pizzarelli, Rv. 173926.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 13/12/2007, Bragantini e altri.

fra le diverse etnie presenti sul territorio, negli altri gradi di giudizio il bene giuridico protetto veniva individuato nella dignità umana. In particolare, la Cassazione precisava che il bene giuridico protetto “non è costituito dall’ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall’articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona”. La Corte di appello di Venezia, nella sentenza conclusiva del giudizio di rinvio, puntualizzava che la lesione della dignità umana nasceva, nella specie, dal ritenere gli zingari immeritevoli di permanere *in quanto tali* nel territorio comunale, e ciò poneva in gioco un’accezione della dignità umana che veniva lesa, nella specie, sotto il profilo della convinzione che vi siano razze umane superiori ad altre²⁸.

Che, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, il bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici in tema di discriminazione sia la dignità dell’uomo, appare ormai sufficientemente chiaro, anche perché è su questa base che viene correntemente operato il bilanciamento fra beni di rilievo costituzionale – da un lato quello della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*; dall’altro quello della pari dignità degli uomini *ex art. 3 Cost.*²⁹.

Sul contrasto fra tali principi di rango costituzionale, e correlativamente fra gli analoghi principi richiamati dalla giurisprudenza sovranazionale, si dirà *infra*.

6. Dall’attuale situazione alle prospettive *de lege ferenda*.

Ricapitolando, l’attuale quadro delle condotte punibili in base alla legislazione italiana le seguenti condotte di discriminazione:

- A. propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico;
- B. istigazione a commettere o commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- C. istigazione a commettere o commissione di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- D. partecipazione o assistenza ad associazione (od organizzazione, o movimento, o gruppo) avente fra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- E. compimento di manifestazioni esteriori od ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui alla lett. D;
- F. istigazione ed apologia di genocidio.

Si ricorda infine l’aggravante – prevista per i reati puniti con pena diversa da quella dell’ergastolo – dell’aver commesso il fatto per finalità di discriminazione o di

²⁸ C. Appello Venezia, Sez. X, 20/10/2008, inedita. L’intera vicenda è ricostruita da C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, pp. 193 ss.

²⁹ Si vedano gli ampi richiami dottrinari e giurisprudenziali di C. SILVA, *Quando la discriminazione razziale si trasferisce su Facebook*, in *Archivio Penale*, n. 3/2012.

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.

Il ripudio di qualsiasi forma di discriminazione ha risentito del particolare rilievo di fenomeni storici, nei quali l'atteggiamento discriminatorio si è palesato (a volte con modalità violente) nelle forme dell'esaltazione della superiorità di una certa razza rispetto a un'altra, del rifiuto dell'integrazione di determinati gruppi etnici, dell'ostilità nei riguardi di chi professa certe religioni. Di qui l'enunciazione, recepita dal legislatore italiano, espressamente riferita ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Nel tempo il catalogo degli atteggiamenti discriminatori si è via via esteso in direzione di altre forme di appartenenza o di manifestazione della personalità.

Sia attraverso l'esame delle fonti sovranazionali (trattati internazionali, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, normativa dell'Unione europea), sia attraverso l'esame casistico dei procedimenti portati al vaglio delle Corti europee, è agevole rilevare che la protezione contro la discriminazione ha riguardo a numerose altre categorie di soggetti: si pensi alle norme e alle decisioni contro la discriminazione per ragioni di sesso, di disabilità, di età.

Più di recente, nel dibattito interno al nostro Paese si è prospettata l'esigenza di estendere le norme antidiscriminatorie vigenti, o di crearne di nuove, a tutela di omosessuali e transessuali.

Tra le numerose proposte di legge presentate nella passata legislatura, alcune – per lo più abbandonate nel corso dei lavori parlamentari – miravano a introdurre a tal fine ipotesi autonome di reato, modellate sul quadro legislativo previgente (ossia sulle fattispecie criminose previste dalla legge 654/1975 e dal d.l. 122/1993 convertito nella legge 205/1993). Altre proposte hanno invece suscitato un dibattito di maggiore consistenza, essendo rivolte all'introduzione di circostanze aggravanti riferite ai casi di discriminazione o di violenze motivate dall'orientamento sessuale della vittima: o introducendo – con disposizioni di parte speciale: artt. 599 *bis* e 615 *quinquies* c.p. – la previsione di aggravanti comuni per i delitti contro la persona commessi in ragione dell'omosessualità o della transessualità della vittima (Proposta di testo unificato presentato dall'on. Concia il 9/11/2010 – AA.CC. nn. 2802 Soro e 2807 Di Pietro); oppure introducendo una nuova ipotesi di aggravante comune (art. 61 n. 11 *quater* c.p.) riferita a delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commessi per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato (P.d.l. AC 1658-1882 Concia-Di Pietro); o, ancora, introducendo un ampliamento della circostanza aggravante prevista dal d.l. 122/1993, in modo da includervi i reati commessi per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia (P.d.l. AC 2807 Di Pietro)³⁰.

³⁰ Una approfondita analisi critica di queste iniziative parlamentari si trova in E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2011, p. 24.

Nella legislatura in corso, è all'esame del Senato una proposta di legge (A.S. 1052 – Scalfarotto) in cui si è scelta la soluzione di estendere *tout court* alle condotte poste in essere per motivi *fondati sull'omofobia o sulla transfobia* la sfera di applicazione della legislazione vigente (e quindi anche dei reati già previsti in tema di discriminazione, sia dalla legge 654/1975 che dalla legge Mancino).

7. La cornice costituzionale e sovranazionale e il possibile contrasto fra principi generali.

7.1. I parametri costituzionali e sovranazionali del ripudio della discriminazione.

Può affermarsi che il riconoscimento dello *ius puniendi* rispetto a condotte discriminatorie (su base razziale, etnica ecc.) poggia, nel nostro ordinamento, sul principio di eguaglianza e di pari dignità, come declinato dall'art. 3 Cost.

La copertura costituzionale delle previsioni sanzionatorie (e di quelle circostanziali) in tema di discriminazione è oggi assicurata, oltre che dal citato art. 3, anche dal richiamo che l'art. 117 c. 1 Cost. fa al parametro interposto costituito dagli obblighi internazionali, fra i quali senza dubbio – non solo in seguito all'espressa ratifica con legge 654/75 – vi è anche la più volte citata Convenzione di New York, al pari di altre fonti di diritto internazionale che assicurano una tutela a minoranze e a soggetti deboli, riferibile anche ai casi di discriminazione. Naturalmente, ciò vale allo stesso modo anche per le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ivi compreso – in tema di divieto di discriminazione – l'art. 14.

Anche le molteplici previsioni normative che, nell'ordinamento comunitario, vietano a vario titolo le condotte discriminatorie (a partire dall'art. 19 TFUE – già art. 13 TCE – e dal capo III della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea) devono intendersi operanti nel nostro ordinamento, in base ai principi generali che regolano i rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto interno³¹.

Va detto però che, a fronte della solennità di principio con la quale le fonti sovranazionali sanciscono il divieto di discriminazione, le applicazioni concrete di tale divieto occupano uno spazio in larga parte diverso da quello riferibile alle questioni di rilievo penale, per esse intendendosi quelle attinenti alla perseguibilità dei comportamenti discriminatori sul piano sanzionatorio³².

³¹ Di rilievo, sul piano della normativa eurolunitaria, la decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo. Per un punto di situazione circa l'attuazione dei principi in essa contenuti, si veda M. MONTANARI, [L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea](#), in questa Rivista, 18 febbraio 2014.

³² A pag. 63 del *Manuale del Diritto Europeo della Non Discriminazione*, 2010, si legge che "Nell'Unione europea la legislazione contro la discriminazione è stata introdotta al fine di favorire il buon funzionamento del mercato interno ed è stata quindi tradizionalmente limitata all'ambito lavorativo. Nel 2000, con l'adozione della direttiva sull'uguaglianza razziale, tale ambito è stato esteso in modo da includere l'accesso ai beni e ai servizi, da un lato, e l'accesso al sistema nazionale di previdenza sociale, dall'altro, in ragione del fatto che per garantire l'uguaglianza sul mercato del lavoro è necessario assicurare la parità di trattamento anche in ambiti contigui all'occupazione. È stata

Ad esempio, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si è rivolta tradizionalmente verso casi nei quali l'atteggiamento discriminatorio oggetto di doglianza era riferibile alle disposizioni dell'ordinamento di questo o quello Stato membro: all'inizio ciò accadeva con specifico riguardo a questioni attinenti economia, lavoro, trattamento pensionistico, libera circolazione; solo in epoca successiva si è allargata la prospettiva di riferimento all'accesso ai servizi, e si è ravvisato anche in altri settori il contrasto tra disposizioni comunitarie e norme di diritto interno di alcuno degli Stati membri dell'Unione. Ma, al di là della solenne enunciazione – più volte ribadita in diversi contesti – del principio di non discriminazione³³, non vi sono riferimenti particolarmente utili sul piano della risposta sanzionatoria alle condotte discriminatorie del tipo di quelle oggetto della legislazione penale italiana passata precedentemente in rassegna³⁴. Questo, probabilmente, perché nella normativa UE e soprattutto nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo l'approccio ai temi della discriminazione, collocato com'è nel contesto di determinati rapporti economico-sociali, muove da una prospettiva "individualizzante" dei valori morali sottesi al ripudio di forme discriminatorie, piuttosto che da un esame di tali valori in chiave "sovra-individuale"³⁵.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in applicazione dei principi CEDU, ha a sua volta affermato a più riprese il principio del divieto di ogni forma di discriminazione; ma lo ha per lo più collegato, quanto meno fino ad alcuni anni fa, alla specifica violazione di diritti riconosciuti solennemente dalla Convenzione, e soprattutto in riferimento a determinati settori (dalle adozioni, alle unioni di fatto, ai rapporti tra gli Stati firmatari e gli Stati esteri nei quali sono in vigore disposizioni discriminatorie ecc.). Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU *in subiecta materia*, non priva di orientamenti contrastanti, si dirà in seguito.

Merita infine un cenno l'art. 7, comma 1, lett. h), dello Statuto della Corte penale internazionale, che prevede, come crimine contro l'umanità, la persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività identificabile per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, sessuali, ovvero per altri motivi universalmente riconosciuti come inammissibili dal diritto internazionale, (persecuzione che sia commessa) in

poi introdotta la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi al fine di tutelare la parità tra i sessi in questo settore. Peraltro, la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione adottata nel 2000, la quale vieta le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e la religione o convinzione personale, si applica soltanto nel contesto dell'occupazione".

³³ Si veda ad esempio CGUE, [C-4/73], Nold, riferita ai diritti della persona legati al principio di non discriminazione, in cui la Corte del Lussemburgo ha precisato che "la salvaguardia di questi diritti è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alla CEDU".

³⁴ Per un quadro riassuntivo delle direttive UE in materia, e per alcuni cenni a decisioni della CGUE, si veda il citato *Manuale del Diritto Europeo della Non Discriminazione*, 2010, pp. 71 ss.

³⁵ L'espressione è usata da A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, p. 689.

connessione con qualsiasi atto richiamato nello stesso comma o con qualsiasi crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte³⁶.

7.2. Rapporti fra reati in tema di discriminazione e libertà di manifestazione del pensiero.

Sia in campo nazionale che nella sfera di competenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i principali problemi sono emersi in riferimento al rapporto intercorrente tra libertà di manifestazione del pensiero e pari dignità degli uomini. Il punto dolente sta nell'equilibrio e nei confini fra questi due principi, entrambi solennemente riconosciuti.

Le pronunce della giurisprudenza della Corte di cassazione alle quali si è accennato tendono ad affermare il principio secondo il quale il diritto di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) incontra dei limiti laddove esso si ponga in contrasto con il principio di pari dignità di tutti i cittadini (art. 3 Cost.). A titolo di esempio, Cass., Sez. III, n. 37581/2008, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654 laddove esso vieta la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., in quanto la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista (nella motivazione della sentenza, la Corte ha ulteriormente precisato che la libertà costituzionalmente garantita dall'art. 21 non ha valore assoluto ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, quali quelli fissati dall'art. 3 e dall'art. 117, comma primo, Cost.). Analogamente, e per analoghi motivi, Cass., Sez. V, n. 31655/2001 afferma che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost., dell'art. 3, comma 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, che vieta la partecipazione, la promozione e la direzione di organizzazioni di ogni tipo aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, in quanto l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta che realizza un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione di opinioni personali.

Del resto, è la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale a precisare che la libertà di manifestazione del pensiero non può spingersi oltre il limite segnato da altri principi costituzionali fondamentali. In materia analoga, gli unici precedenti calzanti sono costituiti dalle sentenze n. 1/1957 e 74/1958, riguardanti la presunta illegittimità costituzionale della c.d. legge Scelba (n. 645/1952) con specifico riguardo al reato di

³⁶ Per un'analisi dei rapporti fra diritto interno e diritto sovranazionale *in subiecta materia*, vds. M. BARBERA, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007 (in particolare, il saggio introduttivo dello stesso Autore, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, e quello di D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, pp. 1 ss.); M. CETTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 2405 ss.

apologia del fascismo: la questione fu ritenuta infondata, non ravvisandosi fra l'altro alcun contrasto con l'art. 21 Cost.

In parte diverso è il quadro della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Nell'ambito della CEDU, il diritto di libera manifestazione del pensiero (libertà di espressione: art. 10 della Convenzione) è stato sempre considerato di fondamentale importanza, non solo – com'è ovvio – di per sé, ma anche nel bilanciamento con il divieto di discriminazione, solennemente affermato dall'art. 14 della Convenzione. Spesso il contrasto fra questi due principi si è posto in occasione della diffusione mediatica di notizie riguardanti l'informazione su fenomeni di razzismo; e, nel solco di una tradizione giurisprudenziale consolidata, la Corte di Strasburgo ha tendenzialmente affermato che anche la diffusione delle idee più riprovevoli è necessaria, in una democrazia matura, affinché l'opinione pubblica possa valutarne criticamente i contenuti (si cita quale esempio, fra gli altri, il caso *Jersild c. Danimarca*, del 23 settembre 1994). Ma anche in vicende nelle quali vi è stata un'espressa presa di posizione in favore di ideologie *lato sensu* razziste o negazioniste è capitato che la Corte di Strasburgo esprimesse il principio secondo cui impedire o sanzionare dichiarazioni di stampo negazionista o riduttivo rispetto a fenomeni di genocidio viola l'art. 10 della Convenzione (si è già accennato al recente caso *Perinçek c. Svizzera*, nel quale peraltro è chiamato in causa anche il divieto dell'abuso del diritto, di cui all'art. 17 della Convenzione). Non sono mancate, però, pronunce in cui la Corte EDU si è discostata da siffatto orientamento, ritenendo ad esempio che la condanna inflitta da uno Stato firmatario a un esponente politico che aveva diffuso un programma a sfondo anti-islamico non violasse l'art. 10 della Convenzione (caso *Feret c. Belgio*: ma si noti che la decisione è stata adottata con una maggioranza di quattro voti contro tre³⁷), o altre pronunce nelle quali, più in generale, la Corte di Strasburgo ha escluso la lesione dell'art. 10 Conv. in relazione ad altri casi di condanne per *hate speech* riguardanti esponenti politici (es. caso *Incal c. Turchia* del 9/6/1998; vds. anche caso *Elbakan c. Turchia*); in relazione al fenomeno del c.d. negazionismo, la Corte, in una pronuncia di

³⁷ Si rimanda, per un commento, a *Cass. pen.* 2010, 2, 852. Nella nota si legge fra l'altro che "In primo luogo la Corte ha evidenziato come la libertà d'espressione costituisca uno dei fondamenti essenziali di una società democratica: salvi i casi di limitazione legittima previsti dall'art. 10, § 2, CEDU, la libertà d'espressione riguarda non solo le informazioni o idee accolte con favore o considerate innocue, ma anche quelle che feriscono, scioccano o inquietano. Come corollario, la Corte ritiene che sia compito degli Stati preservare la libertà del confronto politico: ma tale libertà non può essere intesa in modo assoluto. Essa va infatti temperata con l'esigenza di assicurare la tolleranza ed il rispetto della eguale dignità di tutti gli esseri umani, quale fondamento di una società democratica e pluralista. Può quindi rendersi necessario sanzionare tutti i comportamenti o forme di espressione che propagano l'odio, l'intolleranza, la discriminazione; a condizione che tali sanzioni siano proporzionate al fine perseguito. Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che le affermazioni contenute nei pamphlet elettorali firmati dal ricorrente fossero di natura tale da comportare inevitabilmente nel pubblico, specialmente in quello meno 'avvertito', sentimenti di repulsione, di rigetto, di odio nei confronti degli stranieri. Perché si abbia incitazione all'odio razziale o comunque fondato su discriminazione non è necessario che si invitino i destinatari dello scritto a compiere direttamente atti violenti o illegali. La qualità di parlamentare del ricorrente, in tal senso, non costituiva, secondo la Corte, circostanza attenuante; anzi, proprio gli eletti dal popolo devono farsi carico particolare dell'esigenza di evitare la propagazione di posizioni intolleranti. Quanto sopra giustificava l'ingerenza nel diritto alla libertà d'espressione del ricorrente; inoltre, la Corte ha ritenuto che le pene inflitte non fossero sproporzionate rispetto al fine perseguito".

alcuni anni fa su ricorso dello scrittore Roger Garaudy, condannato in Francia per contestazione di crimini contro l'umanità, diffamazione pubblica a danno della comunità ebraica, istigazione alla discriminazione e all'odio razziali, ebbe a precisare che *“la maggior parte del contenuto e il tono generale dell’opera del ricorrente, e dunque il suo scopo, hanno una marcata natura negazionista e contrastano quindi con i valori fondamentali della Convenzione, quali espressi nel suo Preambolo, ossia la giustizia e la pace. Rileva che il ricorrente tenta di fuorviare l’art. 10 della Convenzione dalla sua vocazione utilizzando il suo diritto alla libertà di espressione per fini contrari alla lettera ed allo spirito della Convenzione. I predetti fini, se fossero tollerati, contribuirebbero alla distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione³⁸”*; tuttavia, come si è avuto modo di osservare a proposito del caso Perinçek c. Svizzera, le tesi negazioniste sembrano essere considerate discriminatorie dalla Corte di Strasburgo limitatamente ai casi in cui esse riguardano la Shoah.

In ogni caso, l’orientamento dei giudici della Corte EDU non può dirsi del tutto consolidato e univoco nel bilanciamento fra gli opposti principi-interessi in gioco, anche se la linea di tendenza generale è nel senso di porre l’accento sul contesto nell’ambito del quale s’inserisce il caso concreto³⁹.

7.3. Tra ribellione della coscienza collettiva e problemi derivanti dall’estremizzazione dei concetti.

È chiaro che il potenziale contrasto fra libertà di espressione e divieto di discriminazione pone delicati problemi, soprattutto in ordine ai confini tra i due principi. Problemi di ordine giuridico, ma prima ancora culturale⁴⁰.

Se portassimo alle estreme conseguenze il principio della libera manifestazione del pensiero, si aprirebbe inevitabilmente la porta ad abusi di tale libertà, tali da ledere altri principi, diritti, interessi. Del resto, anche la nostra Costituzione – sia pure forse in modo incompleto: ma la giurisprudenza della Consulta ha tracciato al riguardo concetti importanti – pone degli argini a un possibile impiego abusivo ed estremo della libertà di espressione; la stessa Convenzione dei diritti dell’uomo ha previsto, al comma 2 dell’art. 10, ben precisi temperamenti; ma è pure vero che il delicato

³⁸ Garaudy c. Francia, n. 65831 del 24/6/2003, cit.

³⁹ Si vedano le considerazioni di C. NARDOCCI, *Le discriminazioni etnico-razziali nel sistema multilivello di tutela dei diritti*, in *Secondo seminario annuale del “Gruppo di Pisa” con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche – Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali –*, Università di Roma Tre, 20 settembre 2013, pp. 22 ss.

⁴⁰ Sul tema, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO, a cura di, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 117 ss.; G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, pp. 287 ss.; M. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE, a cura di, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, pp. 103 ss.; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 714.

problema dell'*ubi consistam* della libertà di espressione deve tenere conto del quadro democratico e della conseguente necessità di assicurare a tutti di esprimere le proprie idee senza censure.

In particolare la questione di principio che si pone è riferita alle ipotesi in cui vengano manifestate, o diffuse, o propagandate idee, opinioni, convinzioni, apprezzamenti che ripugnano alla coscienza democratica, in quanto contrastanti, ad esempio, con il principio di pari dignità e di non discriminazione; o vengano espresse parole di incitamento ad aderire a tali idee e alle formazioni politiche e culturali che le rappresentano, o si costituiscano tali formazioni. Fino a che punto è lecito consentire che tali condotte vengano poste in essere, in nome della libertà di manifestazione del pensiero? E quando, invece, vietare tali condotte deve considerarsi necessario o, comunque, compatibile con la libertà di espressione propria di un ordinamento democratico?

8. Effetti del dibattito sull'interpretazione delle leggi penali in tema di discriminazione.

8.1. Dal dibattito sui principi all'interpretazione e applicazione del precetto penale.

Se si osserva tale questione dall'osservatorio del penalista, e si riflette perciò sul limite travalicato nel quale la condotta merita una risposta sanzionatoria, probabilmente il miglior criterio cui fare riferimento è quello dell'offensività in concreto; o, se si preferisce, quello della pericolosità⁴¹.

In sostanza, occorre distinguere le condotte che siano di per sé intrinsecamente pericolose – che, cioè, siano tali da creare *ex se* un potenziale *vulnus* al principio di pari dignità – da quelle la cui pericolosità vada valutata in concreto.

Ad esempio, se si propaganda attraverso i mass media, con elevata diffusività, una teoria razzista che si propone l'allontanamento, l'espulsione o l'adozione di trattamenti svantaggiosi nei confronti di intere comunità per l'appartenenza a un certo gruppo etnico, magari esortando anche il pubblico ad aderirvi o a darvi seguito nella prassi, si è in presenza di una condotta di per sé pericolosa per l'assetto democratico e per il principio di parità, di pari dignità e di non discriminazione, ed è impensabile giustificare la legittimità sulla base del principio di libera manifestazione del pensiero. Alquanto diverso è, invece, parlare della manifestazione di opinioni più o meno esplicitamente razziste o xenofobe o di disprezzo verso un certo credo religioso, ove espresse in una ristretta cerchia, o all'interno di un dibattito culturale: in questo caso, probabilmente, il pericolo di una lesione del principio di pari dignità e di una propagazione di idee discriminatorie andrebbe valutato in concreto e, a certe condizioni, potrebbe restare sullo sfondo e non uscire da un perimetro di astrattezza. A

⁴¹ Il problema viene posto, fra gli altri (sia pure in termini problematici e in parte scettici sulla tenuta costituzionale della normativa in esame), da A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit.

maggior motivo ciò vale allorquando non vengano diffuse opinioni adesive a ideologie o sentimenti razzisti o discriminatori, ma se ne dia semplicemente conto – ad esempio nell’ambito di inchieste giornalistiche – al solo scopo di offrire alla pubblica opinione elementi di opportuna conoscenza su fenomeni sociali, culturali, ideologici che ripugnano alla coscienza collettiva, ma sui quali va pur sempre soddisfatto il diritto all’informazione e va rispettato il dovere di informare l’opinione pubblica.

Sotto altro profilo, se si indirizzano a una persona parole ingiuriose nelle quali si faccia riferimento alla sua provenienza etnica, al colore della sua pelle, alla sua religione, occorre verificare se, nello specifico, quelle espressioni ingiuriose – in quanto tali sempre riprovevoli – siano altresì espressive di un odio razziale o religioso, o se siano semplicemente una modalità di manifestazione del disprezzo verso la singola persona alla quale esse sono dirette. In questo secondo caso, la carica offensiva di quelle espressioni potrà risultare viepiù biasimevole, ma probabilmente non contiene in sé i germi di un atteggiamento francamente discriminatorio.

8.2. *Problemi ermeneutici nella descrizione delle condotte criminose alla stregua della legislazione vigente.*

Fatta questa premessa, è opportuno un breve punto di situazione su alcune delle ipotesi di reato a sfondo discriminatorio previste dal nostro ordinamento, tenendo presente la chiave interpretativa fornita dalla giurisprudenza.

Si è detto che le modifiche apportate dalla legge 85/2006 all’art. 3 della legge 654/1975 sono state giudicate dalla Cassazione come sostanzialmente prive di significato concettuale e comunque tali da non creare alcuna soluzione di continuità normativa rispetto al testo precedente.

Chi scrive nutre sommessamente, al riguardo, qualche perplessità. E ciò non solo per la pur ovvia considerazione che *lex ubi dixit voluit*, e che quindi il legislatore, nel sostituire le nozioni di “diffusione” e di “incitamento” con quelle di “propaganda” e di “istigazione”, ha verosimilmente inteso introdurre concetti sottostanti in qualche modo diversi (altrimenti non avrebbe modificato il testo di legge previgente); ma anche, e soprattutto, perché appare possibile ravvisare qualche scarto contenutistico anche sulla base di quanto si è detto sul piano dell’offensività e della pericolosità della condotta.

Se ad esempio ci si richiama alla nozione di “diffusione in qualsiasi modo” di idee discriminatorie, è abbastanza agevole immaginare una condotta che può basarsi sulla divulgazione di tali idee attraverso libri, periodici, giornali, ma prescindendo sia dal contesto in cui tali idee vengono collocate, sia dall’adesione o non adesione del soggetto attivo a dette idee. Un esempio di diffusività può essere, ad esempio, quello dell’inchiesta giornalistica riguardante organizzazioni naziste o xenofobe, o gruppi antisionisti, nella quale la finalità informativa venga tenuta ben distinta dall’opinione personale del giornalista (è quanto si è detto in riferimento al caso Jersild c. Danimarca). In questo caso può parlarsi di diffusione di idee, ma non sembra che si possa trattare di un pericolo concreto per il principio di pari dignità tra cittadini. Dubbi

possono sorgere, ad esempio, quando all'interno di un dibattito culturale o politico – sulla stampa, o sui mass media – vengano messe a confronto opinioni diverse in ordine a idee a sfondo discriminatorio: anche in questo caso si ha diffusione di idee, ma non sembra così scontato affermare che tale diffusione sia realmente pericolosa per il principio di pari dignità e che vietarla sia compatibile con il principio di libertà di espressione.

Viceversa, la nozione di propaganda (introdotta, in sostituzione di quella di “diffusione in qualsiasi modo” dalla legge 85/2006) contiene in sé da un lato l'elemento della diffusività, dall'altro quello dell'espressa adesione del soggetto attivo alle idee che ne formano oggetto, dall'altro ancora quello dell'invito – rivolto a terzi – ad aderire a loro volta a quelle idee. In questo caso, sembrerebbe maggiormente incisiva la pericolosità insita in questo tipo di condotta, e ciò parrebbe corrispondere a un intento del legislatore rivolto alla restrizione dell'area di rilevanza penale, come è stato sostenuto in qualche pronuncia di merito.

Anche per quanto riguarda le nozioni di “incitamento” e di “istigazione”, pare ravvisabile qualche differenza: altro è, ad esempio, il sostegno e l'incoraggiamento verbale indipendentemente dalla concreta possibilità che esso venga recepito (il che può corrispondere alla nozione di incitamento), altro è invece il sostegno o incoraggiamento che possa in concreto essere recepito.

Sotto tali profili, può accedersi all'orientamento espresso dalla Corte di cassazione (di cui si è fatto, nelle pagine che precedono, qualche esempio) unicamente nel senso che le nozioni *diffusione* e di *incitamento* includono quelle, più ristrette, di *propaganda* e di *istigazione*, ed entro questi limiti non vi è soluzione di continuità normativa tra la normativa *ante* l. 85/2006 e quella successiva. Ma ciò non toglie che – ad avviso di chi scrive – le nozioni di *propaganda* e di *istigazione* abbiano un contenuto concettuale più ristretto di quello proprio, rispettivamente, delle nozioni di *diffusione* e di *incitamento*.

Ciò premesso, per quanto in generale riguarda la giurisprudenza (già passata in rassegna) sui reati di cui all'art. 3 – più volte modificato – della legge 654/1975, si può senz'altro convenire con l'orientamento della Cassazione secondo il quale tali reati implicano un contrasto fra la libertà di manifestazione del pensiero e la pari dignità dei cittadini, da risolvere in favore di quest'ultimo principio: a patto però che la condotta rientri in un paradigma di concreta pericolosità per il bene giuridico tutelato, costituito appunto dalla pari dignità sancita dall'art. 3 Cost. In definitiva, il bilanciamento di principi di rango costituzionale, che è in qualche modo insito nell'analisi delle fattispecie criminose in esame, non dovrebbe portare a una compressione del principio di libera espressione sulla sola base di una valutazione astratta della pericolosità, quanto meno in quei casi nei quali il tipo di condotta contemplata nel paradigma della norma sanzionatrice non sia intrinsecamente caratterizzato da una carica offensiva suscettibile di recare pregiudizio al valore egualitario e non discriminatorio del principio di cui all'art. 3 Cost.

Si tratta di una chiave ermeneutica che ben si armonizza anche con le indicazioni di principio provenienti dalla Corte di Strasburgo, non solo (e non tanto) con riferimento alle sanzioni irrogate dagli Stati firmatari per reati in tema di

discriminazione, ma più in generale con riguardo alla criminalizzazione interna che sia frutto di un bilanciamento normativo fra diversi principi (o “interessi”) codificati nel testo della Convenzione: vi è chi ha al riguardo ricordato come, in siffatti casi, “*il compito di assicurare la conformità dell’azione dello Stato agli standard di tutela dei diritti fondamentali di fonte CEDU si trasferisce dal legislatore al giudice penale interno, che sarà tenuto ad espungere dall’area della penale rilevanza le condotte in concreto non necessarie per la tutela del controinteresse idoneo a limitare la libertà fondamentale*⁴²”.

Può in qualche misura affermarsi che in questa chiave andrebbero lette, sul piano ermeneutico, le fattispecie di *propaganda* e *istigazione* (e quelle a carattere associativo) come risultanti dalla riforma del 2006: affermare che i concetti di “propaganda” e di “diffusione” siano sinonimi, o che i concetti di “istigazione” e di “incitamento” siano sovrapponibili rischia di estendere la portata del nuovo testo delle disposizioni incriminatrici a situazioni in cui la concreta offensività e pericolosità della condotta sia più sfumata. Appare invece opportuno recuperare un’interpretazione delle espressioni “propaganda” e “istigazione” più rispondente all’accezione che si è in precedenza esemplificata, fondata su una concreta pericolosità delle condotte così descritte e di una concreta offensività del bene giuridico protetto in sede penale.

Quanto all’ipotesi riguardante il compimento di manifestazioni esteriori od ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi scopi discriminatori, va osservato che la carica offensiva e la pericolosità della condotta riposa sulla condizione che la condotta sia realizzata “in pubbliche riunioni” (da cui il rischio concreto dell’adesione ideale) e sul fatto che l’esibizione di simboli che si richiamano alle suddette associazioni implica, di per sé, un’adesione ai relativi principi⁴³.

Quanto all’aggravante per i reati commessi a fini di discriminazione o di odio etnico, razziale, religioso o nazionale ecc., va tenuto presente che essa trova applicazione in riferimento a un’estesa platea di reati, e che pertanto occorre analizzare caso per caso, con particolare attenzione, se le condotte rispetto alle quali si ipotizza l’aggravante contengano effettivamente i segni di una finalità di discriminazione o di odio; di ciò si trova il segno in alcune decisioni della giurisprudenza di legittimità, come si vedrà nel paragrafo che segue. È chiaro che solo a queste condizioni potrà applicarsi la circostanza aggravante in esame nelle ipotesi in cui la condotta criminosa, oltre a recare in sé l’offensività al bene giuridico proprio del reato di riferimento, contenga in concreto un’ulteriore carica offensiva e un ulteriore fattore di pericolosità,

⁴² F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2007, p. 42.

⁴³ Una traccia di questo orientamento si può ravvisare in Cass., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184, in *Diritto e Giustizia online*, 2009: nella specie, che ha visto la condanna di un ultrà, che in un corteo svoltosi al di fuori di uno stadio aveva ripetuto più volte il saluto fascista, la Corte ha precisato che ciò che viene condannato non è la condotta di chi manifesta l’opinione di condividere o provare un sentimento di simpatia per gesti e simboli propri del disciolto partito nazionale fascista, ma il compimento di una manifestazione esteriore quale il saluto fascista che, nel contesto e nell’ambiente in cui viene compiuta è non solo idonea a provocare adesioni e consensi tra le numerose persone presenti, ma è inequivocabilmente diretta a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale od etnico.

in quanto essa costituisca manifestazione (concretamente pericolosa) di un atteggiamento discriminatorio.

Attraverso questa chiave interpretativa, può affrontarsi altresì il tema dell'estensione, *de iure condendo*, delle fattispecie criminose precedentemente esaminate ad ulteriori casi di discriminazione, riferiti cioè ad altre categorie di soggetti (si è visto, in particolare, che alcune recenti proposte di legge si propongono di sanzionare penalmente omofobia e transfobia, o di introdurre aggravanti per i reati caratterizzati da tali atteggiamenti). Senza entrare nel merito del dibattito se sia più opportuno ampliare il contenuto delle fattispecie criminose attualmente previste, ovvero introdurre ipotesi di reato affatto nuove, o solamente circostanze aggravanti, sembra possibile affermare, sulla base di quanto finora si è cercato di argomentare, che vale anche in questo caso il criterio interpretativo basato sulla concreta pericolosità e offensività della condotta; pertanto, nel caso di estensione a categorie come omosessuali o transessuali della tutela penale accordata dalle fattispecie criminose già presenti nel nostro ordinamento in tema di discriminazione, dovrebbero valere le considerazioni già svolte a proposito dei reati attualmente previsti; nel caso di nuove fattispecie criminose, occorrerebbe tenere presente la necessità di colpire le condotte concretamente e oggettivamente pericolose e offensive, evitando di estendere la perseguibilità sulla sola base di criteri di pericolosità astratta o presunta; quanto alle aggravanti che dovessero eventualmente essere introdotte, dovrebbero valere le considerazioni già svolte per quanto riguarda l'aggravante prevista dall'art. 3 della legge Mancino, riguardanti la necessità di contestualizzare la vicenda e di verificare se effettivamente la condotta criminosa sia concretamente rivelatrice di finalità discriminatorie.

8.3. *La contestualizzazione delle condotte come criterio interpretativo.*

Proprio con riferimento alla circostanza aggravante di cui all'art. 3 della legge Mancino si è assistito a un atteggiamento giurisprudenziale particolarmente interessante.

La Cassazione ha espresso orientamenti, a ben vedere, non del tutto unanimi.

In alcuni casi, la Suprema corte ravvisa la finalità discriminatoria sulla sola base delle modalità della condotta, senza alcun riguardo al movente della stessa: ad esempio, nella già citata Cass., Sez. V, 4 febbraio 2003 (dep. 15/07/2013), n. 30525, Del Dotto, Rv. 255558, si afferma che *“la circostanza aggravante della finalità di discriminazione razziale è configurabile per il solo fatto dell'impiego di modalità di commissione del reato consapevolmente fondate sul disprezzo razziale, restando irrilevanti le ragioni, che possono essere anche di tutt'altra natura, alla base della condotta”*: in questo caso, l'inequivoca volontà di discriminazione è stata tratta dal ricorso, già solo, a frasi come *“sporco negro”*; ma occorre tenere presente che non è indifferente la stessa condotta criminosa in sé considerata (delitto di lesioni volontarie), in quanto l'associazione a tale fattispecie di reato, caratterizzata da violenza fisica, dell'uso dell'espressione sopra

richiamata appare suggestiva dell'effettività e concretezza di un atteggiamento discriminatorio e razzista del soggetto attivo.

Questo orientamento è stato espresso perverso, in altri casi, anche con riguardo al delitto di ingiuria, ritenendosi ad esempio che l'aggravante è configurabile non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, non avendo rilievo la mozione soggettiva dell'agente (Cass., Sez. V, 23 settembre 2008 (dep. 13/10/2008), n. 38591, P.G. in proc. Vitali e altro, Rv. 242219: fattispecie in cui l'espressione ingiuriosa è consistita nel proferire le parole: "negro perditempo (...)" ed altro).

In altre pronunzie, la Cassazione ha precisato in termini alquanto diversi le condizioni in base alle quali l'aggravante *de qua* deve configurarsi.

Ad esempio, in Cass., Sez. V, 28 gennaio 2010 (dep. 25/03/2010), n. 11590, P.G. in proc. Singh, Rv. 246892, si è affermato che l'aggravante in questione sussiste allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità. Nel caso di specie, la Suprema corte ha escluso l'aggravante nei confronti dell'imputato – il quale aveva proferito l'espressione "*italiano di m (...)*" – affermando che il riferimento all'italiano, nel comune sentire, non può essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata e dare, quindi, luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità, bensì riguarda la persona singola verso la quale si abbia disistima.

In altra, interessante pronunzia si è affermato che, affinché l'aggravante in questione sia configurabile, non può considerarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell'azione, ma occorre che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, dovendosi inoltre escludere che possa automaticamente ricondursi alla nozione di "odio" ogni e qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto, pur se riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità, all'etnia o alla religione, e dovendosi altresì considerare, quanto alla "discriminazione", che la relativa nozione non può essere intesa come riferibile a qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, tra soggetti di diversa razza, etnia, nazionalità o religione, ma deve essere tratta esclusivamente dalla definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la legge 654/1975, secondo cui (nel testo italiano), essa "sta ad indicare ogni

distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica" (Cass., Sez. V, 17 novembre 2005 (dep. 05/12/2005), n. 44295, Paoletich, Rv. 232539).

Chi scrive aderisce ai criteri enunciati in questa massima, in particolare laddove si evidenzia l'esigenza di valutare l'azione per le sue *"intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca"*, nonché in relazione al *"concreto pericolo di comportamenti discriminatori"*. E ciò sulla base delle considerazioni già svolte e finalizzate a recuperare un'interpretazione della normativa in esame che valorizzi la concreta pericolosità e offensività delle condotte, attraverso una necessaria contestualizzazione delle stesse, in modo da raggiungere in pari tempo un punto di equilibrio fra i principi di libertà di espressione e di pari dignità e non discriminazione.

9. La legge "Reale/Mancino" e successive modifiche: è possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale normativa?

E' circostanza nota ai più che sistematicamente dal 1996 in poi la Corte costituzionale ha richiesto ai giudici comuni, per potere sollevare la questione di costituzionalità di una data disposizione legislativa, non solo che essa sia rilevante e non manifestamente infondata ma anche che di quella data disposizione non sia possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata o, meglio ancora – come sottolineato da autorevole dottrina⁴⁴ –, adeguatrice.

L'inottemperanza dei giudici *a quibus* al dovere di interpretare in maniera conforme a Costituzione – cioè adeguatrice – la disposizione che gli stessi sottopongono al vaglio della Consulta comporta in linea di massima una decisione "sanzionatoria", la quale si estrinseca nella forma di una pronuncia interpretativa di – perlopiù manifesta – inammissibilità: trattasi di quella decisione attraverso la quale la Corte, muovendo dall'assunto – espresso, perlomeno in modo chiaro e netto, a partire dalla sentenza n. 356 del 1996 – secondo il quale "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice decida di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali", dichiara l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata in quanto il giudice ha ommesso di ricercare – o ha ricercato in modo inadeguato – l'interpretazione conforme a Costituzione.

⁴⁴ Come dice G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 2417, nota 7, l'espressione "costituzionalmente orientata" è "truffaldina", perché "nasconde la sostanza, posto che è ovvio che ogni interpretazione deve essere costituzionalmente orientata, se la Costituzione è e deve essere la legge fondamentale".

E' ampiamente risaputo che l'utilizzo dell'interpretativa di inammissibilità ha ricevuto consensi da una parte autorevole della dottrina, la quale ne ha evidenziato l'effetto consistente nel valorizzare l'efficacia precettiva della Costituzione nel singolo caso concreto e cioè nel saper coinvolgere attivamente il giudice ordinario nel processo di attuazione della Costituzione⁴⁵, traendone così la conclusione che "la via ormai intrapresa del costante coinvolgimento dei giudici nell'uso di quel canone interpretativo [conforme a Costituzione], guidato ed orientato dalla giurisprudenza costituzionale, sembra davvero irrinunciabile⁴⁶".

Più in particolare, si è sottolineato che la decisione di inammissibilità adeguatrice è "esatta e significativa" perché "avverte che la Corte costituzionale non andava affatto interpellata, perché la questione di costituzionalità era già stata risolta a priori nel senso dell'*accoglimento aggiuntivo di un principio* che spettava al giudice (...) di seguire e di applicare": e questo tanto più che è ben vero che il giudice ha l'obbligo di sollevare la *quaestio* non quando – come è, invece, richiesto dal *Grundgesetz* nella Germania federale – è convinto dell'incostituzionalità della norma ma quando dubita della sua costituzionalità, ma – si ribatte – è anche ed altrettanto vero che "proprio per escludere il dubbio, ossia per dichiarare la manifesta infondatezza della questione, è pur necessario un qualche accertamento interpretativo che, comunque sia, va compiuto⁴⁷".

Tuttavia, l'utilizzo della decisione di inammissibilità di fronte a questioni sollevate dal giudice senza che questi abbia esperito il tentativo di interpretazione conforme ha anche scontato tutta una serie di argomentate e variegate critiche⁴⁸.

Una di queste critiche mosse all'adesione della Corte alla dottrina dell'interpretazione conforme si è basata sulla tesi in base alla quale non è possibile richiedere al giudice *a quo* di sperimentare, appunto, un'interpretazione conforme alla Costituzione prima di sollevare la *quaestio* laddove l'opera di adeguamento alla Costituzione dovesse essere "condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse⁴⁹": insomma, esiste un

⁴⁵ Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Intervento. La problematica convivenza della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione con la dottrina del diritto vivente*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, 2010, p. 319.

⁴⁶ Così G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione dei giudici*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 3380.

⁴⁷ Tutte le citazioni sono dovute a F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 2411, il quale precisa che il bilanciamento fra il principio di superiorità globale della Costituzione su tutto l'universo normativo, attuativo ed applicativo dell'ordinamento e quello del cosiddetto monopolio del sindacato sulle leggi attribuito alla Corte "ha consentito alla Corte (...) di concepirlo come 'un sindacato collaborativo', limitando il ricorso alla Corte a quei casi in cui la legge appare al giudice effettivamente e irrimediabilmente viziata".

⁴⁸ Su tali critiche cfr. sinteticamente, volendo, A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2013.

⁴⁹ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 2007.

limite che non può essere oltrepassato – si osserva – nel tentativo di ricercare un’interpretazione adeguatrice.

Se tale limite viene superato dal giudice comune, si verifica la sua sostituzione al giudice costituzionale, con la cancellazione dell’incidentalità e il sacrificio del controllo accentrato in favore di un controllo para-diffuso di costituzionalità; se il limite è superato dal giudice costituzionale, l’effetto è la cancellazione del principio dell’annullamento delle leggi illegittime che l’art. 136 Cost. impone anche ai fini di certezza e di estensione *erga omnes* della pronuncia della Corte. Non è un caso che l’estremo rigore della giurisprudenza costituzionale sulla manifesta inammissibilità delle questioni senza prima avere esperito la via dell’interpretazione conforme a Costituzione abbia implicitamente spinto i giudici comuni a non sollevare molte questioni attraverso una estremizzazione della teoria dell’interpretazione conforme a Costituzione.

Come è stato detto, se il confine fra normare e interpretare esiste, questo confine può essere superato da una interpretazione non sorvegliata del principio dell’interpretazione conforme a Costituzione: “quando l’interpretazione conforme supera la lettera della disposizione” – ha osservato uno studioso – “potremmo dire, con una metafora, il tentativo di cura è peggiore del male”, ragion per cui il limite testuale dell’interpretazione impone di lasciare alla Corte il delicato compito di risolvere un’antinomia non risolvibile in via interpretativa al fine di evitare che il vizio d’incostituzionalità risulti “aggravato dalle incertezze e dalle disparità di trattamento che discendono da una impropria interpretazione conforme⁵⁰”.

Tanto premesso, ci si deve pertanto porre il seguente quesito: è possibile un’interpretazione conforme a Costituzione delle varie previsioni del combinato disposto della legge 654/1975 / l. Mancino o la lettera testuale della legge non consente una tale interpretazione se non a patto di stravolgerne il senso?

Con riferimento a molte fattispecie analoghe a quella di cui discorriamo i giudici comuni hanno ritenuto di poter offrire un’interpretazione adeguatrice, evitando così di sollevare la questione di costituzionalità delle stesse.

Per esempio, con riferimento alle ipotesi – o a molte di esse – di istigazione previste dal codice penale la giurisprudenza, anche di merito, le ha fatte oggetto di una interpretazione adeguatrice volta a circoscriverne l’applicazione a quei casi nei quali la pubblica esternazione abbia un contenuto tale da comportare il rischio concreto che si verificano i comportamenti illeciti che ne sono oggetto: si pensi alla fattispecie criminosa di cui all’art. 414, comma 3 cod. pen., con riferimento alla quale si è precisato che ai fini dell’integrazione del relativo delitto (apologia di reati) non basta l’esternazione di un giudizio positivo su di un episodio criminoso per quanto odioso e riprovevole esso sia, ma occorre che il suo contenuto sia tale, per la condizione personale dell’autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il

⁵⁰ Entrambe le citazioni sono tratte da A. CELOTTO, “Limite di sagoma” e “limite di volumetria” nelle ristrutturazioni? Sulle paradossali conseguenze dell’interpretazione costituzionalmente conforme, in *Giur. It.*, 2009, p. 2632.

rischio non teorico ma effettivo della consumazione di altri reati e specificamente di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato⁵¹; oppure, quanto all'ipotesi di istigazione a delinquere di cui all'art. 414, comma 1 cod. pen., si è affermato che essa ricorre qualora sia posta in essere pubblicamente la propalazione di propositi aventi ad oggetto comportamenti rientranti in specifiche previsioni delittuose, propalazione effettuata in maniera tale da poter indurre altri alla commissione di fatti analoghi, nel senso che essa deve risultare idonea a provocare attualmente e concretamente, in relazione al comportamento tenuto dall'autore, al contesto spazio-temporale ed economico sociale ed alla qualità dei destinatari del messaggio, il pericolo di un'adesione al programma illecito⁵²; infine, quanto all'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico di cui all'art. 415 cod. pen., l'interpretazione adeguatrice è consistita nel conservare cittadinanza anche nel nuovo ordinamento costituzionale a tale reato a condizione che l'istigazione *de qua* costituisca la premessa alla concreta azione delittuosa che ne costituisce l'oggetto, non dunque l'istigazione in sé, ma l'istigazione che si pone in un rapporto così stretto con l'azione quasi da confondersi con essa⁵³.

Posto che le interpretazioni adeguatrici di tali fattispecie criminose non abbiano stravolto il senso della lettera della legge e dunque, di fatto, non abbiano rappresentato un sottile "artificio" per evitare di sottoporre la questione di costituzionalità relativamente ad esse dinanzi alla Corte costituzionale – tema sul quale non ci si può soffermare in questa sede –, ci si deve chiedere se anche con riferimento alla legge "Reale/Mancino" una tale interpretazione costituzionalmente orientata sia praticabile.

Le possibilità che alternativamente possono profilarsi sono due: se si risponde positivamente alla domanda che ci si è poc'anzi posta, sarà possibile per i giudici applicare tale impianto normativo – il quale, ponendosi in attuazione di una convenzione internazionale, peraltro, non è neanche modificabile o abrogabile da parte del legislatore ordinario pena la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.⁵⁴ – nei giudizi senza dover sollevare la relativa questione di costituzionalità; se si risponde negativamente, allora si pongono molti problemi di compatibilità in particolar modo con alcune disposizioni della nostra Costituzione e segnatamente con l'art. 21 in tema di libertà di manifestazione del pensiero.

Sul punto, in considerazione di quanto si è venuti dicendo nel corso dei precedenti paragrafi, pare necessario effettuare una distinzione fra la situazione normativa antecedente la novella apportata con la l. n. 85/2006 e quella successiva ad essa: tale modifica legislativa costituisce dunque una sorta di spartiacque sotto il profilo della possibilità di interpretare in modo conforme a Costituzione l'impianto

⁵¹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 1999, n. 8779.

⁵² Cfr. Cass. pen., Sez. I, 3 novembre 1997, n. 10641.

⁵³ Cfr. Tribunale di Verona, 23 febbraio 1988.

⁵⁴ ... il quale pone il limite degli obblighi internazionali nei confronti dei legislatori statale e regionale e, fra l'altro, inerisce – secondo quanto chiarito dalla stessa Corte costituzionale – sia i trattati stipulati anteriormente sia quelli stipulati posteriormente alla l. cost. n. 3/2001: cfr., volendo, per maggiori ragguagli A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008, pp. 302-03.

normativo – o perlomeno le previsioni più delicate e rilevanti – della l. “Reale/Mancino”.

Prima delle modifiche apportate dalla legge 85/2006, infatti, veniva incriminata la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico e l’incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Il concetto di diffusione in qualsiasi modo di idee discriminatorie, come s’è già detto nel corso di questo lavoro, faceva sì che anche una semplice divulgazione di idee da poter portare a conoscenza di altri – ad es., gli scambi verbali o epistolari fra scienziati che esponcano i risultati di loro indagini su caratteristiche di determinate razze o sulla fragilità di popoli in estinzione – fosse suscettibile di concretare la fattispecie criminosa: insomma, la mera divulgazione di idee attraverso libri, periodici, giornali o anche la messa a confronto all’interno di un dibattito culturale o politico di opinioni contrastanti relativamente ad idee a contenuto discriminatorio era condotta teoricamente idonea a integrare gli estremi della fattispecie di reato⁵⁵.

E’ chiaro che in tal modo i dubbi di compatibilità segnatamente con il principio espresso dall’art. 21 Cost. non potevano che essere, se non difficilmente fugabili, comunque certo di notevole rilievo e questo tanto più in considerazione dell’assenza di qualunque riferimento nella normativa al pericolo di turbamento per l’ordine pubblico o per l’incolumità o la sicurezza pubblica: si poteva quasi rilevare che la libertà protetta in tale articolo costituzionale veniva vista nell’ottica di “spuntarle le unghie per impedirle di graffiare⁵⁶”.

Non priva di fondamento, dunque, si rivelava l’osservazione dottrinale secondo la quale era molto arduo interpretare in senso adeguatrice la previsione in questione, atteso che la condotta di chi diffonde idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, essendo punita “indipendentemente (...) dall’esigenza di ricostruire un nesso tra istigazione ed azione successiva⁵⁷”, “consiste invero in una semplice manifestazione di pensiero, incriminata a titolo di pericolo presunto⁵⁸”.

Ad analoghe considerazioni poteva pervenirsi per la nozione di incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi: nonostante in dottrina sia stato affermato che “incitamento e istigazione risultano

⁵⁵ D’altra parte, come rileva A. CERRI, *Libertà di pensiero: manifestazione, diffusione, mezzi*, in *Giur. Cost.*, 1972, III, p. 2878, “il concetto di diffusione [è] tutto incluso in quello di manifestazione, anche se non del tutto coincidente con esso”.

⁵⁶ L’espressione è di M. AINIS, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAIITA - G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 35.

⁵⁷ P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d’attualità in una società multietnica*, in *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali - Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 121.

⁵⁸ M. MANETTI, in A. PACE - M. MANETTI, *Sub art. 21 - La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna - Roma 2006, p. 289; in senso contrario ci sembra, se non ci inganniamo, G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 del D.l. 24/4/1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205*, in *Leg. Pen.* 1994, pp. 178-79.

termini equivalenti⁵⁹, in realtà pare preferibile ritenere che la condotta volta ad incitare, differentemente da quella finalizzata ad istigare, consista meramente nel sostegno o nell'incoraggiamento verbale a prescindere dalla concreta possibilità che tale sostegno o incoraggiamento sia recepito effettivamente.

In altri termini, incriminare il semplice incitamento pone problemi di compatibilità con il principio di libera manifestazione del pensiero perché sembra accogliere il principio secondo il quale il "puro pensiero delinque", con la conseguenza che non sembrano condivisibili e convincenti le statuizioni contenute in alcune sentenze dalla Cassazione secondo cui "l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta, quantomeno intesa come comportamento generale, che realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali⁶⁰"; anzi, a non convincere molti autori⁶¹ proprio con riferimento alle condotte di diffusione e di incitamento era l'idea stessa, espressa in varie decisioni della Cassazione, secondo la quale la l. "Reale/Mancino" sarebbe potuta essere ricondotta sotto l'ombrello protettivo di cui alla XII Disposiz. trans. finale in quanto ispirantesi alla medesima *ratio* della legge Scelba e al pari di questa dunque legittimata a derogare alle garanzie costituzionali della libertà di pensiero e più in particolare a rendere ammissibile la configurazione, in materia, di reati di pura condotta e di pericolo astratto⁶².

Nella situazione antecedente le modifiche apportate dalla l. n. 85/2006, dunque, la compatibilità con l'art. 21 Cost. delle suddette previsioni della l. "Reale/Mancino" era fortemente dubitabile, a meno di non volere ritenere con parte della dottrina che esse fossero giustificabili in virtù del *balancing test* effettuato fra il principio della libera manifestazione del pensiero e il principio – non scritto, peraltro, in Costituzione ma tratto implicitamente da questa – dell'ordine pubblico inteso come armoniosa e pacifica convivenza, oppure – secondo una ricostruzione molto diffusa sia in dottrina sia nella giurisprudenza – fra il principio della libera manifestazione del pensiero e la necessità di tutelare la dignità umana e l'identità dei gruppi culturalmente orientati.

In modo particolare sotto quest'ultimo profilo, si sosteneva – e si sostiene – che la pari dignità sociale desumibile dall'art. 3 Cost. include un diritto soggettivo a non subire discriminazioni e dunque legittima la repressione di idee che contribuiscano alla costruzione di rapporti sociali di "esclusione" che non riconoscono ai diversi la "piena dignità di uomini⁶³": insomma, la dignità sociale sarebbe condizione a priori

⁵⁹ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 14, p. 28.

⁶⁰ Così Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655.

⁶¹ Cfr. A. MANNA, *Fascismo (Sanzioni contro il)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1991, p. 146; P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1994, p. 80; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. Int. Dir. U.*, 1997, partic. pp. 66 ss.

⁶² Cfr., ad es., Cass. pen., Sez. I, 29 ottobre 1993, n. 3791; Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 1997, n. 724; Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2001.

⁶³ In tal senso cfr. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 136-38, su cui vedi – se

dell'ordinamento che richiede il sacrificio totale del diritto concorrente qualora ciò si renda necessario per "rimuovere pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza razziale, oltre che su quella etnico-religiosa⁶⁴". A tale ricostruzione è stato obiettato, peraltro, che essa chiama in causa la tutela di una astratta dignità umana collettiva sganciata, come tale, dalla dimensione individuale, senza contare che "punire una manifestazione di pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un cortocircuito, perché anche l'esercizio della libertà di opinione (che si vorrebbe limitare) è esso stesso esplicitazione della dignità umana individuale della persona concretamente accusata di diffondere discorsi di odio in contrasto con un'idea collettiva di dignità umana⁶⁵".

Se anche si ritenesse di voler accogliere, fra le due opposte visioni dottrinali poc'anzi esposte, quella che individua nella dignità umana il valore la cui tutela può determinare la soccombenza del principio della libera manifestazione del pensiero, riteniamo comunque, per quanto abbiamo già avuto modo di dire in precedenza, che, se è ben vero che "immaginare una immunità generale ed assoluta per qualsiasi forma di manifestazione del pensiero sarebbe un assurdo⁶⁶", è anche vero che patrocinare la tesi in questione con riferimento all'incriminazione di condotte meramente diffusive di idee e semplicemente di incitamento alla commissione di atti di discriminazione sia alquanto difficile.

A conclusioni analoghe e, anzi, ancor più nette e perentorie pare potersi pervenire con riferimento all'ipotizzato ed implicito limite dell'ordine pubblico, pure invocato spesso dalla stessa Corte costituzionale quale "supervalore costituzionale⁶⁷" in grado, attraverso – come direbbe la dottrina tedesca – il *Güterbewegung*, di giustificare limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero: la Costituzione italiana, infatti, non enuncia questo limite non solo nell'art. 21 Cost., ma neanche in altre disposizioni costituzionali, ad eccezione soltanto dell'art. 117, comma 2, lett. h), il quale, però, opera all'evidenza sul piano della competenza fra Stato e Regioni e non anche su quello dell'ipotizzabile limitazione di diritti costituzionalmente garantiti: sebbene questa obiezione – la mancata enunciazione in Costituzione del limite dell'ordine pubblico – appaia di per se stessa formale e dunque forse da rigettare nella sua assoluta nettezza, essa sembra però "cogliere un dato – tutt'altro che formale – ossia lo sfavore del nostro

non si fraintende – in senso critico da ultimo C. CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà sugli "intolleranti"*. Una rilettura dell'art. 21 Cost., in *Quad. Cost.*, 2013, p. 795 ss., partic. pp. 804-05.

⁶⁴ C. SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, 2008, p. 83.

⁶⁵ Così A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo* 2013; anche secondo M. AINIS, *op. cit.*, p. 32, per limitare la libertà di manifestazione del pensiero la Corte usa il "grimaldello della dignità umana. Si noti: un grimaldello di cui la Corte ha sempre fatto un uso quantomai prudente, se non proprio avaro (...) ma che invece su questa problematica non ha mai esitato ad impiegare".

⁶⁶ G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. del dir.*, 2008, p. 295.

⁶⁷ G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico. Appunti*, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAIITA - G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 255.

sistema costituzionale nei confronti delle limitazioni alla libertà – quelle di pensiero in specie – per ragioni d’ordine⁶⁸”.

Le modifiche apportate dalla l. 85/2006, invece, nel sostituire il concetto di diffusione con quello di propaganda e la nozione di incitamento con quella di istigazione, non si esauriscono in una mera variante terminologica che nessuna conseguenza comporta sul piano sostanziale, perché le nozioni di propaganda e di istigazione, come s’è già detto nel corso di questo lavoro, hanno un contenuto concettuale più ristretto di quello proprio rispettivamente delle nozioni di diffusione e di incitamento.

Quanto alla propaganda, infatti, essa – come anche ha sostenuto la Corte costituzionale in decisioni sia pure non più recenti ma nonostante ciò molto significative⁶⁹ – non è una semplice divulgazione di idee da poter portare a conoscenza di altri⁷⁰, ma consiste in un’azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull’altrui comportamento e pertanto implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all’idea divulgata: non è un caso se in dottrina qualcuno ha potuto addirittura postulare, per converso, l’esistenza di un vero e proprio “diritto a non ascoltare l’altrui propaganda⁷¹”.

Così anche per l’istigazione: la sostituzione della condotta di incitamento con quella di istigazione, lungi dall’essere “superflua⁷²” o comunque “senza particolari conseguenze⁷³” come pure vorrebbero alcuni, è foriera di conseguenze significative, atteso che l’istigazione non si concretizza in un semplice sostegno orale indipendente

⁶⁸ G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico*, cit., p. 247, secondo il quale “non sarà decisivo, ma non può sottovalutarsi che nel testo originario della Costituzione l’espressione ‘ordine pubblico’ non ricorra, e in caso sono utilizzati termini in parte affini come ‘incolumità pubblica’, ‘sicurezza’ o ‘sanità’” (pp. 247-48), ragion per cui “l’analisi del testo costituzionale, nonché lo sfavore dei nostri Padri costituenti nei confronti di limiti al pensiero imposto da ragioni d’ordine e difesa dell’ordinamento costituito, dovrebbero favorire almeno un’interpretazione stretta ed accentuatamente riduttiva dei casi in cui può ritenersi legittima una limitazione delle libertà (di quella di pensiero in particolare) motivata da ragioni di ordine pubblico a salvaguardia dell’ordinamento democratico” (p. 250); analogamente cfr. già A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1990, p. 9, secondo il quale “è probabilmente vero che non esiste un limite dell’ordine pubblico alla libera manifestazione del pensiero (...) perché il nostro sistema muove dall’ipotesi che il libero dibattito non possa che giovare alla ricerca della verità, anche politica, e, dunque, mai possa esser dannoso per la democrazia”.

⁶⁹ Cfr. la sent. n. 87 del 1966.

⁷⁰ Così invece sembrava orientarsi, se non si fraintende, G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. e Dir.* 1966, pp. 491-92, secondo cui “la garanzia dell’art. 21, se ha un senso, lo ha soprattutto ai fini della propaganda”, la quale – secondo l’A. – sarebbe da identificare comunque con la manifestazione del pensiero.

⁷¹ In tal senso cfr. A. CERRI, *Diritto di non ascoltare l’altrui propaganda*, in *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 990.

⁷² L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l’istigazione all’odio razziale*, Padova 2009, p. 202, secondo la quale “la ratio è forse stata quella di prevedere un più fattivo coinvolgimento nell’attività odiosa o di discriminazione. In tal senso, però, l’attività del legislatore sembra pleonastica (...)”.

⁷³ C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, cit., p. 156.

dalla concreta possibilità che lo stesso venga recepito, ma sembra più inquadrabile in un incoraggiamento che possa in concreto venire recepito.

Muovendo da queste premesse di fondo, è lecito dunque raggiungere una conclusione diversa rispetto alla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la previsione della l. "Reale/Mancino" di cui ci stiamo occupando così come modificata nel 2006.

Ci pare infatti che, nonostante il contrario avviso manifestato da alcuni commentatori⁷⁴, la condotta di chi non semplicemente diffonde ma propaganda – nel senso poco fa esplicitato – idee odiose di superiorità o di odio razziale sia tale da mettere in concreto pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica perché, appunto, implica non solo la semplice diffusione di idee ma anche, da un lato, l'espressa adesione del soggetto attivo alle idee che formano oggetto della diffusione e, dall'altro, l'invito rivolto a terzi ad aderire a loro volta a quelle idee.

Di fronte a condotte di propaganda di questo tipo si potrebbe anche ritenere che effettivamente subisca un *vulnus* la dignità umana intesa quale diritto a non subire discriminazioni: in altri termini, l'esigenza di proteggere tale valore può giustificare (non la diffusione ma) la propaganda di idee fondate sull'odio o sulla superiorità della razza.

Analogamente con riferimento all'istigazione a commettere atti di discriminazione: benché la legge contempra solo la condotta concretantesi nell'istigazione a compiere atti discriminatori e non anche la condotta integrante gli estremi della fattispecie di istigazione alla commissione di reati in senso stretto – la quale ultima soltanto, secondo autorevole dottrina, sarebbe in grado di costituire un limite implicito alla libertà di manifestazione del pensiero⁷⁵ –, pare di poter sostenere

⁷⁴ Cfr. M. MANETTI, *op. cit.*, p. 289, secondo la quale "la condotta di chi diffonde idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, seppur limitata dalla l. n. 85/2006 a chi propaganda idee fondate (...), consiste invero in una semplice manifestazione di pensiero, incriminata a titolo di pericolo presunto": l'Autrice raggiunge le medesime conclusioni in riferimento pure alla condotta di chi incita a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi quand'anche ristretta a chi istiga a commettere tali atti (cfr. M. MANETTI, *op. cit.*, p. 290); anche a giudizio di A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.*, 2008, p. 520, la l. "Mancino" vieta o si presta comunque ad essere interpretata come divieto di manifestazioni del pensiero indipendentemente dal prodursi di un risultato, anche se di solo pericolo, apprezzabile in modo obiettivo.

⁷⁵ In tal senso cfr. A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. Cost.*, 1969, pp. 1178 ss., partic. pp. 1183 ss., secondo il quale, oltre al limite del buon costume, il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero andrebbe incontro a tre limiti:

- a) il rispetto della libertà e dignità di altre persone fisiche;
- b) l'esigenza di tutelare determinati segreti (diritto alla riservatezza, segreto politico/militare, segreto istruttorio);
- c) l'esigenza di non consentire istigazioni al reato.

Quanto al punto *sub c)*, esso rinverrebbe la sua radice nell'obbligo di osservare le leggi di cui all'art. 54 Cost., obbligo che si porrebbe come limite alla manifestazione del pensiero nel senso che essa, se può indubbiamente tendere a creare le condizioni per una modifica delle leggi esistenti, non può tuttavia risolversi in un'istigazione a violarle o a infrangerle; in tal caso "non il pensiero in quanto tale è colpito, ma la violenza" (A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1987, p. 87). La condotta istigatrice dovrebbe però presentarsi come potenzialmente immediata e diretta antecedente di un'azione

che l'attività istigatrice, per quanto già detto, è tale che il sostegno o l'incoraggiamento agli atti di discriminazione possono essere concretamente recepiti, per cui incriminare l'istigazione equivale a punire "pensieri fattivi che (...) si estrinsecano attraverso un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione di pensiero⁷⁶": come direbbe la giurisprudenza statunitense, la condotta istigatrice fa presumere l'esistenza di un "*clear or present danger*⁷⁷" per altri beni costituzionalmente tutelati che il potere legislativo ha il diritto di prevenire attraverso la previsione di apposite fattispecie criminose.

Passando ora ad altre significative previsioni della l. "Reale/Mancino" al fine di vagliare la possibilità di interpretare le stesse in modo conforme a Costituzione, si può porre innanzitutto l'attenzione sulla norma che sanziona penalmente la condotta di chi promuova o diriga organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, come pure la condotta di chi partecipi a taluna delle suindicate aggregazioni.

Parte della giurisprudenza e in modo particolare la Corte di cassazione⁷⁸, per es., ha sostenuto che tale previsione non viola l'art. 18 Cost. – che garantisce il diritto dei cittadini di associarsi liberamente senza autorizzazione per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale – perché la discriminazione prevista dalla norma penale in questione è solo quella realizzabile mediante atti di coercizione fisica o morale suscettibile di integrare di volta in volta gli estremi di reati quali la violenza privata, l'estorsione, le lesioni volontarie.

Certo è che, se anche si vuole accogliere questa lettura che renderebbe compatibile la norma *de qua* con il principio di cui all'art. 18 Cost., non così altrettanto scontata pare la compatibilità della stessa norma con altri articoli costituzionali: il riferimento è innanzitutto all'art. 21 Cost., dal momento che la norma medesima, da un lato, punisce in sé l'attività di promozione e partecipazione ad organizzazioni razziste indipendentemente dagli effetti concreti prodotti da queste attività e, dall'altro, allude ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi

criminosa, cioè, nell'ipotesi in cui l'azione delittuosa realmente si verifichi, dovrebbe risultare possibile l'incriminazione di chi pone in essere quella condotta, come concorrente nel reato, *ex art. 110 cod. pen.*; in altri termini, la legge non potrebbe vietare altro che l'istigazione a commettere fatti che costituiscono reato ma non anche l'istigazione ad infrangere norme penalmente non tutelate, istigazioni, queste ultime, che potranno costituire partecipazioni in illeciti civili o amministrativi se in tal modo saranno qualificabili le azioni che ne derivano, ma non potranno giammai costituire, *ex se*, illeciti penali.

⁷⁶ Così L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 206.

⁷⁷ Cfr. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), *De Jorge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937) e *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937), su cui cfr. approfonditamente A. CERRI, *Ordine pubblico*, cit., pp. 7-8. Peraltro, come nota A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali*, cit., p. 666, la giurisprudenza americana è arrivata nel corso del tempo a distinguere la cosiddetta *advocacy of the use of force or of law violation* dall'*incitement* a commettere azioni delittuose, ritenendo la prima coperta dalla garanzia del *free speech* anche quando sia realizzata mediante l'uso di simboli odiosi come le svastiche o le croci del Klu Klux Klan.

⁷⁸ Per esempi di decisioni della Cassazione sul punto cfr. P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero*, cit., pp. 120-21 nota 22.

l'incitamento e non *l'istigazione* alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, con la conseguenza che dunque possono riproporsi le osservazioni che abbiamo tentato di svolgere in precedenza relativamente alle due differenti nozioni di incitamento e di istigazione e alle implicazioni in punto di esperibilità di interpretazione adeguatrice in ordine ad esse; in secondo luogo alludiamo all'art. 25, comma 2 Cost., in relazione all'indeterminatezza del precetto penale suscettibile di pregiudicare lo stesso diritto di difesa, atteso che, ad es., non è chiaro affatto ma è lasciato al giudizio soggettivo del giudice di individuare la condotta di partecipazione ad organizzazioni che hanno i predetti scopi.

Quanto alla previsione poi che vieta di compiere in pubbliche riunioni manifestazioni esteriori o di ostentare emblemi o simboli propri o usuali di tipo razzista, essa secondo alcuni si giustificherebbe in quanto le condotte ivi previste risultano offensive del cosiddetto ordine pubblico in senso materiale, cioè della condizione di pacifica convivenza immune da disordine e da violenza che la legge penale legittimamente tutela essendo interessata a prevenire il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone: si tratterebbe di comportamenti, in sintesi, meritevoli di sanzione penale perché costituirebbero il possibile "detonatore di una esplosione incontrollabile di disordine materiale e di violenza"⁷⁹. Deporrrebbe in questo senso la circostanza che il legislatore ha previsto la punibilità delle manifestazioni esteriori e dell'ostentazione di emblemi o simboli solo se realizzati in pubbliche riunioni, cioè in riunioni potenzialmente diffuse dell'azione idonea a segnalare l'antigiuridicità penale di comportamenti altrimenti leciti ovvero di accrescere la portata offensiva di condotte di per sé già lesive di interessi tutelati.

Questa ricostruzione – e dunque la possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la previsione da ultimo analizzata – sembra accettabile perché, come riconosciuto dalla più autorevole dottrina, la Costituzione vieta non solo le riunioni penalmente illecite ma anche tutte quelle riunioni che concretamente mettano in pericolo l'ordine pubblico materialmente inteso "ed anzi bisogna ritenere (...) che altri valori costituzionali possano giustificare misure impeditive o restrittive: dall'*incolumità pubblica* (...) fino al *buon costume* concepito come morale sessuale"⁸⁰.

Più difficile, qualora fosse tradotta in legge, sarebbe leggere in senso conforme a Costituzione – a nostro avviso – la Proposta di legge "Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia" approvata alla Camera dei deputati lo scorso 19 settembre 2013 e ora in discussione al Senato della Repubblica: tale proposta prevede la punizione con la reclusione fino a un anno e sei mesi o la multa fino a 6.000 euro per chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o transfobia, con la reclusione da sei mesi a quattro anni per chi in qualsiasi modo istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia, con la reclusione da sei mesi a

⁷⁹ Così S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2 del D.l. 24/4/1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993, n. 205*, in *Leg. Pen.*, 1994, p. 206.

⁸⁰ Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, p. 639.

quattro anni chi partecipi o presti assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi fra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia, con pene della reclusione da uno a sei anni per chi le promuovono o dirigono. La Proposta prevede altresì l'estensione della applicazione della circostanza aggravante cosiddetta di odio, per cui la finalità o motivazione omofobica o transfobica nella commissione di un reato diventerebbe una circostanza aggravante ai fini della previsione della pena.

Si deve osservare che è dato per scontato il significato pregnante delle nozioni di "omofobia" e "transfobia" e manca qualsivoglia sforzo definitorio, pur non essendo i predetti concetti auto-evidenti. Né la decodificazione può essere compiuta facendo riferimento alla Risoluzione sull'omofobia in Europa del gennaio del 2006, che definisce l'omofobia come "una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo": infatti, il progetto di legge approvato dalla Camera pone un distinguo tra omofobia e transfobia, di cui non v'è traccia nella Risoluzione citata. A ciò si aggiunga che può risultare incerto il confine anche rispetto ad atteggiamenti discriminatori sessuofobici, esclusi dall'ambito di applicazione della legge di cui si discute.

Ma le perplessità ad operare una lettura adeguata in riferimento a tale proposta si appuntano particolarmente sull'emendamento, approvato nel corso del dibattito alla Camera, il quale, modificando la l. "Reale/Mancino", stabilisce che, "ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti o opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni".

Quanto alla prima parte dell'emendamento – "non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti o opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente" –, anche a tralasciare i dubbi di costituzionalità in punto di tassatività/determinatezza di una siffatta previsione se è vero che tale principio impone che il contenuto della fattispecie di reato risulti tale da consentire la precisazione sicura del confine fra il lecito e l'illecito, non si possono non effettuare, a nostro avviso, le seguenti considerazioni: innanzitutto alla luce di tale norma, invero, risulterebbe sostanzialmente abrogata, per la gran parte, la seconda parte dell'art. 3, lett. a), della legge 654/1975 (istigazione alla commissione o commissione di atti di discriminazione) – con possibile conseguente violazione dell'art. 117, comma 1 nella parte in cui pone il limite degli obblighi internazionali, perché, come già detto, si tratta di normativa posta in esecuzione di una convenzione internazionale –; in secondo luogo si complicherebbe oltremodo l'esegesi del comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui vieta "ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi

l'incitamento alla discriminazione"; infine, e soprattutto, si introdurrebbe una previsione – di dubbia costituzionalità in riferimento alla compatibilità con l'art. 21 Cost. – per la quale verrebbe esclusa in radice che una serie, potenzialmente omnicomprensiva, di condotte espressive possa costituire discriminazione o istigazione alla discriminazione e ciò a prescindere dalla connotazione concreta di tali condotte e fatti salvi solo i casi di istigazione all'odio o alla violenza⁸¹.

⁸¹ Non manca, peraltro, chi in sede politica ha difeso la costituzionalità dell'emendamento *de quo* osservando che esso stabilisce che non costituiscono atti di discriminazione le condotte delle organizzazioni di natura politica alle condizioni che: a) siano conformi al diritto vigente; b) siano assunte all'interno e non all'esterno dell'organizzazione; c) si riferiscano all'attuazione di principi e di valori di rilevanza costituzionale (per cui, per es., le organizzazioni neo fasciste non sarebbero coperte dall'emendamento *de quo* perché non perseguono principi e finalità di rilevanza costituzionale). Tutto questo – si aggiunge – solo "ai fini della presente legge", nel senso che, se vi è un'altra norma che stabilisce un divieto di discriminazione (ad es., norme sul divieto di discriminazione sul lavoro), esse non vengono sanate da questo emendamento: si tratterebbe, insomma, soltanto di una scriminante ai fini della legge penale, non di una scusante di carattere generale.