



Angelo Licastro

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di
Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**L'aggravante della finalità di discriminazione ovvero come provare
a combattere i pregiudizi attraverso lo strumento penale ***

SOMMARIO: 1. *Sometimes They Come Back*. Perché i fantasmi dell'intolleranza e del pregiudizio possono sempre riapparire - 2. L'approccio penalistico ai pregiudizi. L'aggravante prevista dall'art. 604-ter c.p. nel quadro degli interventi del legislatore contro gli atti di discriminazione razziale, etnica e religiosa - 3. L'apporto interpretativo della giurisprudenza - 4. Le criticità messe in luce dalla dottrina e il limitato rilievo dei problemi di composizione tra la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato, e l'eguaglianza e pari dignità di ogni essere umano, dall'altro - 5. Lo strumento penale di fronte a nuove forme di aggressione della dignità umana: in particolare, lo scopo della repressione e la questione dell'eguaglianza quale bene giuridico oggetto di protezione penale - 6. Notazioni conclusive.

**1 - *Sometimes They Come Back*. Perché i fantasmi dell'intolleranza e del
pregiudizio possono sempre riapparire**

Forse solo troppo sbrigativamente da archiviare come semplice abbellimento codicistico di facciata, prefiggendosi piuttosto l'obiettivo, alquanto ambizioso, di razionalizzare almeno parte del materiale frutto dell'espansione incontrollata della galassia delle norme speciali, qualche recente intervento di riforma in materia penale¹, che ha interessato anche le

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Mi riferisco alla riforma (le cui precise coordinate normative saranno indicate *infra*) che ha introdotto nel codice penale il principio della riserva di codice. Sul tema, tra i molti, si veda **R. BORGOGNO**, *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, in *Arch. pen.*, n. 1S, 2018, p. 211 ss.; **A. CISTERNA**, *Appunti in materia di "riserva di codice", legislazione speciale ed azione penale nello Stato di diritto*, *ivi*, n. 1S, 2018, p. 229 ss.; **M. DONINI**, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. pen.* 20 novembre 2018, p. 1 ss.; **A. LEOPIZZI**, *La grande migrazione. Brevi considerazioni intorno ai fondamenti sistematici e alle prospettive concrete del decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21, sulla riserva di codice in materia penale*, in *La Giustizia pen.*, n. 3, pt. 1, 2018, p. 77 ss.; **C. LONGARI**, *Il "nuovo" principio di riserva di codice tra vecchie problematiche e prospettive future*, in *Processo pen. e Giustizia*, n. 6, 2018, p. 1 ss.; **G. PANEBIANCO**, *Una prima attuazione della riserva di codice tra audaci scelte*



norme previste nel nostro ordinamento contro gli atti discriminatori², offre lo spunto per un'aggiornata rivisitazione della materia, con un particolare

e studiati silenzi, in *Legisl. pen.*, 13 novembre 2018, p. 1 ss.; **T. PERSIO PORZIA**, *Principio di riserva di codice e finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 3 Cost. Considerazioni a margine del decreto legislativo n. 21/2018*, in *La Giustizia pen.*, n. 10, pt. 2, 2018, p. 557 ss.; **F. SCARIATO**, *Tutto deve cambiare affinché nulla cambi: la riserva di codice della riforma Orlando*, *ivi*, n. 6, pt. 2, 2018, p. 379 ss.

² Sui reati contro gli atti discriminatori si vedano: **A. AMBROSI**, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2008, p. 519 ss.; **M. BIZZARRI**, *Misure speciali a supporto del principio di non discriminazione*, in *Riv. internaz. dir. dell'uomo*, n. 2, 2001, p. 518 ss.; **A. CAPUTO**, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Questione giustizia*, n. 2, 1997, p. 476 ss.; **M. CENTINI**, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, n. 3, p. 2405 ss.; **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa. La legge 203 del 1993 e l'Intesa con l'Unione delle Comunità israelitiche: brevi considerazioni di ordine sistematico*, in *Quad. dir. pol., eccl.*, n. 2, 1997, p. 331 ss.; **G. DE BERNARDI**, *Osservazioni sulla legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Giur. it.*, 2004, p. 620 ss.; **G. DE FRANCESCO**, **S. DEL CORSO**, **E. MARZADURI**, **S. NOSENGO**, **A. MARTINI**, *D.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, 2, p. 173 ss.; **L. FERLA**, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4, 2007, p. 1455 ss.; **E. FIORINO**, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 984 ss.; **L. FORNARI**, voce *Discriminazione razziale*, in *F.C. PALAZZO*, *C.E. PALIERO* (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, seconda ed., Cedam, Padova, 2007; **E. FRONZA**, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, p. 32 ss.; **M. LA ROSA**, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 407 ss.; **C.D. LEOTTA**, voce *Razzismo*, in *Digesto disc. pen.*, Appendice agg., Utet, Torino, 2008, p. 850 ss.; **A. LUINI**, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica*, in *Riv. pen.*, n. 10, 1993, p. 987 ss.; **M. MANETTI**, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1 ss.; **F. MOLTEDO**, *Conflitto sociale e intervento penale nei confronti delle condotte di indole razzista*, in *Crit. dir.*, n. 1, 1999, p. 50 ss.; **V. PACILLO**, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2007, in ispecie p. 168 ss.; **G. PAGLIARULO**, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2014, p. 1 ss.; **G. PAVICH**, **A. BONOMI**, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), p. 1 ss.; **L. PICOTTI**, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, n. 9, 2006, p. 1960 ss.; **L. PICOTTI**, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in *Dir. imm. e cittadinanza*, n. 2, 2005, p. 69 ss.; **S. RIONDATO** (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso: diritti fondamentali e tutela penale*, Atti del Seminario di studio, Università degli studi di Padova, 24 marzo 2006, Cedam, Padova, 2006; **L. STORTONI**, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, n. 1,



focus sull'aggravante della finalità di discriminazione o di odio, il cui studio appare particolarmente interessante date alcune peculiari connotazioni che la caratterizzano. Il contesto più generale delle presenti riflessioni è quello della ricerca e della messa a punto dei migliori strumenti da impiegare nella lotta contro gli atti discriminatori, che è un capitolo dell'affermarsi del "diritto all'uguaglianza" quale diritto fondamentale dell'uomo.

Nate dopo le tragiche esperienze di totale "annientamento della persona"³ e di sopraffazione del senso stesso di umanità vissute nella prima metà del secolo scorso, le moderne enunciazioni dei diritti umani, contenute nelle Costituzioni nazionali a partire dal secondo dopoguerra e in un numero ormai rilevante di Carte internazionali, hanno garantito le basi irrinunciabili della civile convivenza nelle moderne società democratiche. Tra tali diritti un posto centrale è occupato dal diritto all'uguaglianza, che impone, in sostanza, di considerare normalmente del tutto *irrilevanti*, dal punto di vista giuridico, alcune caratteristiche costituenti fattori di *identità* individuale - e, quindi, elementi oggettivi e incancellabili di *differenziazione* personale - sulle quali avevano, fino ad allora, attecchito odiose e gravissime forme di persecuzione e di intolleranza⁴. Quelle "diversità" - siano esse di carattere biologico o culturale, riflessi di tratti somatici dell'individuo o del suo bagaglio di conoscenze ed esperienze - sono considerate, da una coscienza collettiva matura, non in grado di determinare alcuna alterazione (in meglio o in peggio) del valore fondamentale della *dignità* propria di ogni persona, che ne riassume l'essenza stessa di *essere umano*.

Si tratta di acquisizioni che, avendo alle spalle una radicale e profonda opera di ridefinizione di consolidati equilibri di potere conseguita alle rivoluzioni del XVII e XVIII secolo, non saranno più messe, almeno formalmente, in discussione. Tuttavia, fattori nuovi e ricorrenti, presenti nelle dinamiche attuali della società, spingono a non sottovalutare il pericolo di un ritorno dei vecchi pregiudizi, invitando a riflettere

1994, p. 14 ss.; **C. VISCONTI**, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1, 2009, p. 191 ss.; **P. ZAVATTI, A. TRENTI**, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Rass. it. criminologia*, n. 4, 1995, p. 565 ss.

³ **C. CARDIA**, *Genesi dei diritti umani*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. VI, che parla di "inferno dei diritti umani realizzato dai totalitarismi" del XX secolo (*ivi*, p. VI s).

⁴ Cfr., ancora, **C. CARDIA**, *Genesi dei diritti umani*, cit., p. 47 s., il quale sottolinea che "[n]on sono (quasi mai) motivi storici o contingenti a determinare l'esclusione di alcune razze, o delle donne, o dei non abbienti, dalla fruizione dei diritti umani, ma la loro stessa creaturalità e naturalità, vista e concepita come inferiore".



sull'importanza di attrezzarsi per combattere efficacemente ogni frattura tra le enunciazioni astratte dei principi e la relativa pratica quotidiana, e provando così a prevenire ogni forma di imbarbarimento della vita pubblica e delle relazioni personali.

C'è, intanto, da fare i conti con il problema della *memoria collettiva* riguardante alcune drammatiche esperienze trascorse. Basta pensare che un conto è assistere alle testimonianze delle deliranti atrocità della *Shoah* rese in prima persona dai sopravvissuti, altro discorso è leggerne nei libri di storia, vederle rappresentate nelle opere letterarie o in quelle cinematografiche. L'inevitabile trascorrere del tempo non solo ne affievolisce il ricordo, ma colloca pericolosamente quegli eventi in un passato sempre più lontano, troppo lontano (sebbene risalente ad appena una settantina di anni fa) perché possa presentare, secondo la convinzione più diffusa, un qualche collegamento con il presente⁵.

Le iniziative volte a preservarne la memoria esistono⁶, ma potrebbero non bastare, così come non basta, del resto, che "[t]he past is

⁵ Parla di "progressivo e tragico offuscarsi della memoria [...] dei mali del secolo scorso", **E. MILITELLO**, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la Restorative Justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2019, p. 1687.

⁶ Tra le misure, riconducibili a tali scopi, adottate nel nostro ordinamento, si può ricordare la legge 20 luglio 2000, n. 211, sulla «Istituzione del "Giorno della Memoria" in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti».

Ma merita di essere richiamata pure la legge 16 giugno 2016, n. 115, recante "Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale", con cui si è introdotto nel nostro sistema giuridico il reato di negazionismo (ora previsto dall'art. 604-bis, terzo comma, c.p.), configurandolo come forma aggravata del reato di "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa".

La modifica normativa, che ha esplicitamente tipizzato una condotta già rientrante in tale ultima fattispecie, conferendole "espressa rilevanza" come "aggravante speciale" (**G. PUGLISI**, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2016, p. 2; nello stesso senso **F. BELLAGAMBA**, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in *disCrimen*, 14 gennaio 2018, p. 19, secondo il quale si tratta "di una tipizzazione *ex novo* meramente apparente, che in realtà è in tutto e per tutto assimilabile a una tipizzazione *derivata ed eterointegrata*"), pur comportando un rafforzamento della tutela contro gli atti discriminatori, dal momento che la nuova previsione partecipa della stessa *ratio* sottesa alla fattispecie base, si traduce tuttavia, evidentemente, in una misura repressiva di qualcosa che si colloca *in completa antitesi* con la volontà di *perpetuare la memoria* di fatti che hanno così drammaticamente segnato la storia dell'umanità. Cfr. pure **A. RUGGERI**, *Appunti per uno studio su memoria e*



well preserved and commemorated”, per osservare “a collective moral progress in the march of humanity”⁷.

C'è, in secondo luogo, il problema della *crisi economica*. Nei cicli di forte crescita e sviluppo, riesce più facile, direi quasi naturale, essere solidali con gli altri, ostentare sentimenti, più o meno autenticamente posseduti, di generosità e altruismo, disporsi benevolmente a favore dell'accoglienza anche di chi è diverso da noi, per origine, per caratteristiche o condizioni personali, per cultura, per religione. Si può ipotizzare che la fiducia nel mantenimento o, addirittura, nella crescita della condizione di benessere raggiunto, abbia riflessi positivi sulla stessa *coesione* di una determinata comunità, contribuendo a disinnescare le potenziali *situazioni di conflitto* immanenti alle moderne società, in quanto aperte all'inclusione di una pluralità di valori e di “identità” diverse. In altre parole, gli “ingredienti” che danno vita a situazioni di conflitto ci sono tutti, ma la spinta all'ottimismo indotta dal benessere e dalla stabilità economica aiuta a stemperare le divisioni, a favorire gli “accomodamenti”, a garantire una proficua convivenza sociale, a smussare tutte le asperità personali che possono essere preludio di pregiudizi e di intolleranza.

Costituzione, in *Consulta online*, n. 2, 2019, p. 347, secondo cui la disciplina del negazionismo “si pone in funzione servente nei riguardi della memoria individuale e collettiva avverso il *vulnus* recatole da quanti hanno dato (e danno) una rappresentazione deformata o carente dei fatti accaduti in una temperie storica particolarmente sofferta e, allo stesso tempo, a sostegno e promozione dei valori fondanti l'ordinamento repubblicano, in vista del loro sempre più saldo radicamento nel corpo sociale”.

Sulla nuova fattispecie della circostanza aggravante del negazionismo, cfr. pure **G. GALAZZO**, *Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero: una riflessione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, p. 1 ss.; **A.S. SCOTTO ROSATO**, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2016, p. 280 ss.; **A. CAVALIERE**, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2016, p. 999 ss. (in specie p. 115); **E. FRONZA**, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, *ivi*, p. 1016 ss.

⁷ Così **T. TODOROV**, *Memory as Remedy for Evil*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 449. Secondo l'A., “[t]he memory of the past could help us in this enterprise of taming evil, on the condition that we keep in mind that good and evil flow from the same source and that in the world's best narratives they are not neatly divided” (p. 462). Sottolinea opportunamente che l'obiettivo delle leggi così dette “memoriali” “non è - com'è chiaro - unicamente quello della trasmissione del ricordo del fatto storico in sé ma anche, attraverso di esso, dell'esercizio di un ruolo di orientamento verso i valori che stanno a base dell'ordinamento repubblicano e perciò di rafforzamento dell'adesione individuale e collettiva agli stessi”, **A. RUGGERI**, *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, cit., p. 350 s.



Il quadro muta profondamente nelle fasi di contrazione della crescita, di precarietà sociale e lavorativa, di declino economico. L'incertezza nel futuro accresce la competizione, non senza peraltro alcuni risvolti positivi quando essa non porti, però, ad accentuare il rischio di *disgregazione sociale* e non si esaurisca, come può accadere, in una contesa egoistica, combattuta facendo ricorso a ogni mezzo, per far prevalere una particolare "posizione" di vantaggio di determinati soggetti a danno di altri.

L'immigrato, che in una situazione di crescita rappresenta una preziosa opportunità, diventa un *pericoloso concorrente* nella fruizione delle ridotte risorse disponibili, e poiché egli è portatore di identità diverse da quelle più diffuse o dominanti nel paese di accoglienza, le sue caratteristiche personali, la sua cultura, la sua religione, diventano, anche per questi motivi, facile bersaglio di diffidenza e di intolleranza. Come è stato osservato, colui che è diverso da noi

"diviene il pretesto per scaricare sulla vittima di turno ansie ed angosce per un quotidiano fondato sull'instabilità economica e sociale; o per un futuro che l'attuale crisi economica globale cela alla vista e alla nostra stessa immaginazione"⁸.

Da sottoporre ad attenta considerazione è anche la comune percezione, sorretta del resto da conformi dati statistici, circa un significativo *incremento*, negli ultimi tempi, *dei fenomeni di insofferenza* verso le categorie di individui portatrici di particolari fattori di rischio in termini di esposizione ad atti discriminatori⁹.

Nel *trend* di crescita che, durante il 2017 (anno cui si riferiscono gli ultimi dati statistici disponibili)¹⁰, ha caratterizzato le segnalazioni, giunte

⁸ Così M. MONNANNI, *Gli effetti della crisi economica sull'uguaglianza e la non discriminazione. Questioni di governance*, in *Economia & Lavoro*, n. 2, 2010, p. 164, secondo il quale "[i]nstabilità e precarietà economiche e sociali aumentano non solo l'ansia ma anche la paura: paura del diverso, di un Altro da noi non ben identificabile, di cui diviene possibile rifiutare l'esistenza, negare l'umanità, spingendolo ai margini della società civile" (*ivi*).

⁹ Di "crescente spirale dei fenomeni di odio, intolleranza, razzismo, antisemitismo e neofascismo che pervadono la scena pubblica" odierna, si parla nella *Relazione* che accompagna il Disegno di legge n. 362 del 2018, volto alla "Istituzione di una Commissione parlamentare di indirizzo e controllo sui fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza" (Senato della Repubblica, Atti parlamentari, XVIII legislatura).

¹⁰ Si veda la *Relazione al Presidente del Consiglio dei ministri sull'attività svolta dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali* del 2017, sul sito www.unar.it.



alla competente struttura che opera presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di episodi di discriminazione a base etnico-razziale (le quali rappresentano la tipologia avente maggiore ricorrenza tra quelle censite, con una incidenza pari all'82,9% sul totale)¹¹, è degno di nota l'incremento, anche in termini assoluti, di quelle del sottotipo "Religione o convinzioni personali" (passate da 157 a 354 e, quindi, più che raddoppiate in un solo anno)¹², testimoniando così una sempre maggiore incidenza di questi episodi, coinvolgenti l'esperienza religiosa, tradizionalmente stimata di marginale o ridotta importanza. Scomponendo il dato aggregato, a pesare maggiormente risultano essere stati i casi di islamofobia (nel 74,3% del totale di segnalazioni riguardanti il predetto sottotipo legato alla religione), seguiti, a notevole distanza, dall'antisemitismo (18,9%)¹³.

Il dato risulterebbe pienamente in linea non solo con le crescenti incertezze legate all'acuirsi della attuale situazione di instabilità economica, ma anche con tutte le oggettive difficoltà di gestione dei flussi migratori sia nella prima fase dell'accoglienza dell'immigrato, sia in quella, richiedente strategie politiche e sociali di più lungo periodo, della integrazione di chi si trova già nel nostro territorio e spera di poterci restare in condizione di vita e lavorative dignitose.

2 - L'approccio penalistico ai pregiudizi. L'aggravante prevista dall'art. 604-ter c.p. nel quadro degli interventi del legislatore contro gli atti di discriminazione razziale, etnica e religiosa

L'art. 604-ter c.p. prevede una circostanza aggravante per i reati

"commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità".

Si tratta di una circostanza *comune* - valida, cioè, almeno in linea di principio, per un numero indeterminato di reati (salve particolari incompatibilità da accertare nei singoli casi), con l'unica esclusione, esplicitamente fissata dal legislatore, dei reati punibili con l'ergastolo (art.

¹¹ *Relazione al Presidente del Consiglio dei ministri sull'attività svolta dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali*, cit., p. 8.

¹² *Relazione al Presidente del Consiglio*, cit.

¹³ *Relazione al Presidente del Consiglio*, cit., p. 9.



604-ter, primo comma, c.p.)¹⁴ - da qualificare come avente natura *oggettiva ex art. 70, primo comma, n. 1, c.p.*, secondo quanto ribadito dalla stessa Suprema Corte¹⁵.

Particolarmente severo risulta l'inasprimento della pena, che viene aumentata "fino alla metà" (art. 604-ter, primo comma, cit.); ma il rigore nel trattamento sanzionatorio va anche oltre, avendo il legislatore "rinforzato" la circostanza, non soggetta al giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti di cui all'art. 69 c.p. (con l'unica eccezione per quella prevista a favore del minore che risulti imputabile ai sensi dell'art. 98 c.p.)¹⁶. Indice indiretto dell'atteggiamento intransigente del legislatore penale verso i fatti aggravati dalla circostanza in esame è anche la loro esclusione dall'applicazione dell'indulto che era stata a suo tempo operata dall'art. 1, secondo comma, lett. e), della legge 31 luglio 2006, n. 241.

Ci sono anche conseguenze sul piano strettamente processuale, in quanto la contestazione dell'aggravante provoca uno spostamento della competenza dal giudice di pace al tribunale¹⁷ e determina in ogni caso la procedibilità d'ufficio per il reato contestato¹⁸.

¹⁴ La classifica stranamente come "circostanza speciale" (argomentando forse dalla sua *sedes materiae*, salvo che si alluda, piuttosto, ai suoi effetti), Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2017 (dep. 22 gennaio 2018), n. 2630, in *Guida al diritto*, n. 16, 2018, p. 77, punto 2 del *Considerato in diritto*. Resta esclusa in ogni caso la possibilità di contestare l'aggravante per i fatti "specificamente previsti come reato in sé dalla stessa Legge Mancino": Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2011 (dep. 12 gennaio 2012), n. 563, in *Cass. pen.*, n. 3, 2013, p. 563.

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006 (dep. 17 marzo 2006), n. 9381, in *Dir. e giust.*, n. 13, 2006, p. 79, dove si afferma che il «termine "finalità" [...] significa un ulteriore disvalore connotato dalla condotta, dalla gravità del danno o del pericolo o dalle condizioni o qualità personali dell'offeso» (punto 2 del *Ritenuto in diritto*).

¹⁶ Pertanto, nei casi di concorso con circostanze attenuanti, "le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante" (art. 604-ter, secondo comma, c.p.). Sembrerebbe, quindi, esclusa anche l'operatività del giudizio di prevalenza disciplinato dal primo comma dell'art. 69 c.p., per il caso in cui "concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti". Propende per questa interpretazione, più conforme alla lettera della disposizione, ma non altrettanto rispondente all'intento del legislatore di punire con particolare severità la ricorrenza della circostanza in esame, **G. DE FRANCESCO**, *Commento [all'art. 1]*, in **G. DE FRANCESCO, S. DEL CORSO, E. MARZADURI, S. NOSENCO, A. MARTINI**, *D.l. 26/4/1993 n. 122*, cit., p. 215 s.

¹⁷ ... per i reati di cui ai commi primo e secondo dell'art. 4 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274: art. 4, terzo comma, del predetto d.lgs. n. 274 del 2000.

¹⁸ Art. 6, primo comma, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205, recante: "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa".



Introdotta nel nostro ordinamento dalla così detta legge Mancino¹⁹, la sua attuale collocazione all'interno del codice deriva dal decreto legislativo, già richiamato in apertura, con cui si è data attuazione al principio di delega della riserva di codice contenuto nella riforma Orlando²⁰. Essa è disciplinata dal secondo dei due articoli che compongono la nuova Sezione I-bis ("Dei delitti contro l'eguaglianza") del Capo III ("Dei delitti contro la libertà individuale") del Titolo XII ("Dei delitti contro la persona") del Libro II del codice penale, nel cui ambito segue alla disposizione concernente il reato di *Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*, originariamente previsto, con una formulazione in parte differente dall'attuale, dall'art. 3 della legge di esecuzione della Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale²¹.

Va rilevato come sia inesatta la consueta affermazione dottrinale secondo cui al menzionato decreto legge 26 aprile 1993, n. 122 si deve l'estensione dell'intervento repressivo anche alle discriminazioni determinate da motivi religiosi²². In realtà, la suddetta estensione era stata

¹⁹ Cfr. art. 3 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, cit. Come chiarito nello stesso preambolo al decreto, il provvedimento veniva adottato "[r]itenuta la straordinaria necessità ed urgenza di apportare integrazioni e modifiche alla normativa vigente in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, allo scopo di apprestare più efficaci strumenti di prevenzione e repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza di matrice xenofoba o antisemita". Si tratta chiaramente di normativa ispirata dall'„intento di ampliare e articolare maggiormente l'intervento repressivo rispetto alla precedente" legge del 1975: **G. DE FRANCESCO**, *Commento*, cit., p. 175.

²⁰ Cfr. art. 2, primo comma, lett. i) del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, recante: "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera g), della legge 23 giugno 2017, n. 103". La legge 23 giugno 2017, n. 103, reca: "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario".

²¹ Art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, recante: "Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966" (c.d. legge Reale). Il testo della disposizione era stato dapprima sostituito dal primo comma dell'art. 1 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, cit. e poi ulteriormente modificato, nel primo comma, dall'art. 13 della legge 24 febbraio 2006, n. 85.

Nel passaggio alla attuale *sedes codicistica*, l'ultima versione *extra codicem* del testo non ha subito modifiche, salva l'aggiunta della rubrica e l'eliminazione dell'inciso, che era posto immediatamente dopo la riserva iniziale, secondo cui la punizione risultava prevista "anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione". Da ricordare, altresì, l'integrazione della fattispecie risultante dall'aggiunta dell'aggravante del negazionismo operata dalla legge 16 giugno 2016, n. 115, cui si è già accennato.

²² Cfr., ad esempio, **L. FERLA**, *L'applicazione della finalità*, cit., p. 1459; **G. DE**



anticipata dall'art. 2, quinto comma, della legge 8 marzo 1989, n. 101, contenente "Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane", dove si precisa che il testo originario della disposizione in questione debba intendersi riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso, con la conseguenza che

"le pene [...] previste, ai termini dell'art. 4 della Convenzione, per chi diffonda idee razziste o inciti alla discriminazione o commetta atti di violenza o provocazione verso persone appartenenti a gruppi nazionali, etnici o razziali, diventano immediatamente applicabili ai medesimi reati nei confronti di persone in quanto appartenenti a gruppi religiosi, mentre il divieto per organizzazioni o associazioni aventi tra i loro scopi l'incitazione all'odio o alla discriminazione razziale si estende all'odio o discriminazione religiosi"²³.

Anzi, a rigore, non è affatto infondato ritenere che il decreto del 1993 abbia, per qualche aspetto, finito col restringere, anziché ampliare, la portata della disposizione contenuta nell'art. 3 della legge n. 654 del 1975, quale risultante dall'estensione che era stata operata dalla legge di approvazione dell'intesa ebraica²⁴.

FRANCESCO, *Commento*, cit., p. 175 s., che ricollega la scelta all'esigenza di integrare il riferimento ai gruppi di popolazione caratterizzati dalla diversità etnica, dipendente da peculiari connotazioni culturali e tradizionali (cui, quindi, potrebbe restare estranea la dimensione religiosa), con uno capace di includere espressamente "il particolare profilo concernente gli usi e le credenze religiose". È, comunque sia, escluso che questo criterio serva necessariamente a identificare un determinato *gruppo di persone* con tali caratteristiche, cui resterebbe circoscritto l'oggetto della tutela, secondo la vecchia impostazione presente nella legge del 1975, n. 654 (*ibidem*, p. 176 s.).

²³ **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2000, p. 273. Per una ulteriore estensione ai fini di prevenzione e di repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza nei confronti degli appartenenti alle minoranze linguistiche, cfr. l'art. 18-bis della legge 15 dicembre 1999, n. 482, aggiunto dall'art. 23 della legge 23 febbraio 2001, n. 38.

²⁴ **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 355, parla di "ridimensionamento dell'intervento penale scaturente dal combinato disposto" dell'art. 3 della legge del 1975 e dell'art. 2, quinto comma, della legge del 1989. L'effetto sarebbe conseguito alla scelta del legislatore del 1993 di limitare la incriminazione della diffusione di idee aventi carattere discriminatorio solo a quelle basate sulla superiorità o sull'odio *razziale o etnico*, a fronte dell'estensione generalizzata (anche al fattore religioso) operata dall'intesa. Pare dissentire da questa conclusione, **V. PACILLO**, *I delitti contro le confessioni religiose*, cit., p. 169, secondo il quale, peraltro, la "scelta del legislatore [unilaterale] di estendere la tutela [...] anche alle condotte di violenza e discriminazione relative al fattore religioso si deve probabilmente alle più recenti disposizioni del diritto internazionale pubblico in materia".

Sui problemi di coordinamento della normativa bilateralmente convenuta e gli



La genesi della circostanza, a differenza di quella della predetta fattispecie di reato, non è immediatamente riconducibile alla Convenzione internazionale del 1966²⁵, anche se, sia l'una che l'altra, si prefiggono lo stesso obiettivo di combattere gli atti discriminatori (tanto più se accompagnati da forme di violenza), cercando di porre argine al riaffiorare di pregiudizi e di manifestazioni di intolleranza personale radicate su "fattori di rischio" (la razza, l'etnia, la nazionalità, la religione) meritevoli di particolare protezione. Non va poi trascurato che la previsione circostanziale, anche perché si presta a essere potenzialmente applicata a un numero indefinito di reati, è destinata a porre problemi solo in parte comuni alla richiamata fattispecie di reato - la quale, peraltro, non sempre e ben comprensibilmente riserva un identico trattamento al fattore "religione" rispetto a quello legato alla "razza" e all'„etnia"²⁶ - e, pure in ragione del

interventi unilateralmente disposti dal legislatore in materia di tutela penale contro gli atti discriminatori, cfr. altresì **A. GIANFREDA**, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 226 ss.

²⁵ Più in generale, il susseguirsi degli interventi normativi di cui alla legge del 1975, al decreto-legge del 1993 e al decreto legislativo del 2018, ha comportato un progressivo allontanamento dall'originario intento del legislatore di dare attuazione alla Convenzione del 1966 (sottolinea giustamente questo profilo, con riguardo al secondo provvedimento citato, **G. DE FRANCESCO**, *Commento*, cit., p. 175), che può ormai dirsi definitivamente compiuto con la riforma del 2018, come confermato dall'eliminazione dell'inciso originariamente posto subito dopo la riserva iniziale. Reputa che la soppressione dell'inciso faccia «trasparire la volontà, in capo al legislatore delegato, di "nazionalizzare" la disciplina in discorso, rendendola, cioè, prodotto di una scelta politico-criminale propria ed autonoma rispetto agli obblighi internazionali ed europei», **I. SPADARO**, *Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019, p. 15.

²⁶ Il riferimento è alla fattispecie di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio, non comprensiva del fattore (nazionale e) religioso. Esprime riserve sul punto, **G. DE FRANCESCO**, *Commento*, cit., p. 179 s., il quale, peraltro, sembra trascurare che, almeno per il fattore da ultimo richiamato, la punizione ideologica in questione si potrebbe sovrapporre a una cospicua serie di condotte pacificamente ritenute riconducibili al diritto di propaganda religiosa tutelato dall'art. 19 Cost. Ad avviso di **G. CASUSCELLI**, *Il diritto penale*, in **G. CASUSCELLI** (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 397, l'esclusione in esame "non è giustificabile con riferimento all'elemento dell'odio, che rende la propaganda fondata su di esso in insanabile contrasto con i principi costituzionali del pluralismo e della pari dignità delle confessioni".

Da un diverso punto di vista, potrebbe anche prospettarsi un contrasto con quanto previsto dall'art. 2, quinto comma, della legge n. 101 del 1989 (legge, come si sa, "rinforzata" dalla copertura offerta dall'art. 8, terzo comma, Cost.), che sembrerebbe avere operato una estensione della sfera applicativa di *tutte* le norme incriminatrici incluse nella disposizione dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975.



profilarsi di questo più ampio orizzonte di verifiche, si è preferito delimitare prevalentemente a essa l'oggetto della presente indagine²⁷.

La disposizione distingue due diverse ipotesi. Quella avente una sfera di applicazione più ampia è la prima, caratterizzata dalla *finalità di discriminazione o di odio*; la seconda, caratterizzata dal *fine di agevolare l'attività di gruppi o altre forme organizzative a loro volta aventi finalità di discriminazione o di odio* e come tali vietati dallo stesso codice penale²⁸, ha evidentemente una sfera di applicazione più ristretta, in quanto limitata ai reati «aventi come scopo quello di contribuire alla realizzazione di qualsiasi risultato suscettibile di tornare comunque "utile"» alle - ossia che possa concretamente tradursi in azione di supporto per le - predette organizzazioni²⁹.

Ritiene, invece, che l'unica parte dell'articolo da ultimo cit. «che non fa riferimento alla religione, cioè quella che prevede la punizione della diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, per la specificità della origine delle Comunità ebraiche, debba essere interpretat[a] nel senso di una riconduzione di queste ultime all'interno dell'aggettivazione "etnico"», **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 363.

²⁷ Sottolinea che l'introduzione dell'aggravante «rappresenta forse la innovazione dotata di maggiore incisività della "legge Mancino"», **G. PAGLIARULO**, *La tutela penale*, cit., p. 19, mentre i reati di propaganda e istigazione per motivi di discriminazione hanno «una rilevanza pratica limitata, essendo riferiti a situazioni destinate a venire in essere raramente e, spesso, in modo eclatante». Definiscono "[d]i fondamentale importanza" la circostanza in esame, **G. PAVICH, A. BONOMI**, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 3. E di una delle "figure chiave dell'intero provvedimento" parla **M. LA ROSA**, *I "crimini contro l'ospitalità"*, cit., p. 416.

²⁸ Si veda l'art. 604-bis, secondo comma, c.p.: «È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni».

Ritiene che la norma «per quanto riguarda [...] l'incitamento alla discriminazione religiosa, in determinati casi, potrebbe spingersi fino ai confini della normale vita di alcune confessioni religiose», **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 360.

²⁹ **G. DE FRANCESCO**, *Commento*, cit., p. 212. Secondo l'A., potrà pertanto trattarsi «sia di attività dirette ad agevolare la realizzazione degli scopi di siffatte organizzazioni (e cioè, in buona sostanza, la commissione di quei delitti posti in essere per finalità razziali che costituiscono l'oggetto del programma associativo), sia di comportamenti volti ad aiutare l'associazione mediante il rafforzamento della relativa struttura (quali, ad esempio, la prestazione di armi, di mezzi finanziari, di informazioni, o comunque di altre forme di



Data la sua natura di circostanza comune, è sorprendente la *sedes* per essa individuata dal decreto attuativo del principio della riserva di codice, nella parte speciale di questo ultimo testo normativo, e non, come sarebbe stato logico attendersi, a integrazione dell'art. 61 c.p.³⁰; così come non si impone con tratti di cristallina chiarezza la scelta di non operare il trasferimento nel codice della fattispecie prevista dall'art. 2, primo comma, del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, cit., che punisce (oltre all'inosservanza del connesso divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche) “[c]hiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi” ora vietati dall'art. 604-*bis*, secondo comma, c.p., a causa della loro finalità di discriminazione e di odio, anche in considerazione del fatto che le condotte descritte dalla norma implicano un'adesione implicita ai principi propri delle suddette organizzazioni³¹.

Preme peraltro soprattutto segnalare che se il menzionato intervento normativo di cui al decreto n. 21 del 2018 appare animato dallo scopo di migliorare le potenzialità di prevenzione affidate alla circostanza aggravante in esame, in forza di una sua più “visibile” dislocazione “topografica” all'interno del codice, altri tipi di intervento recentemente operati dal legislatore hanno prodotto effetti opposti.

collaborazione destinate ad accrescere l'efficienza sul piano operativo dell'organismo delittuoso)”.

³⁰ Cfr. **G. PANEBIANCO**, *Una prima attuazione*, cit., p. 10, la quale rileva come salti “all'occhio la collocazione nella parte speciale dell'aggravante a suo tempo prevista dall'art. 3 della l. Mancino: si tratta di un'aggravante comune che avrebbe dovuto essere sistemata dopo l'art. 61, analogamente a quanto è stato disposto con riguardo alla circostanza della transnazionalità”.

³¹ Così **G. PAVICH, A. BONOMI**, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 23. Non manca, peraltro, chi tende a nettamente differenziare lo scopo dell'incriminazione di cui al testo da quello che avrebbe guidato le scelte di base operate dal legislatore nella materia in esame. Cfr. **S. DEL CORSO**, *Commento [all'art. 2]*, in **G. DE FRANCESCO, S. DEL CORSO, E. MARZADURI, S. NOSENGO, A. MARTINI**, *D.l. 26/4/1993 n. 122*, cit., p. 206, secondo cui il divieto in parola si giustificerebbe, «con ogni probabilità, in quanto le condotte ivi previste risultano offensive del c.d. ordine pubblico in senso “materiale”», costituendo “il possibile detonatore di una esplosione incontrollabile di disordine materiale e di violenza”.

Parla di “[c]ondotte di ispirazione razzista”, **C.D. LEOTTA**, voce *Razzismo*, cit., § 3, sottolineando altresì che il “carattere pubblico della condotta conferma [...] l'individuazione del bene giuridico tutelato nell'ordine pubblico materiale e nella dignità individuale ex art. 2 Cost.” (§ 8).



In particolare, ne ha notevolmente depotenziato l'efficacia, il decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7³², che, avendo abrogato il reato di ingiuria (art. 594 c.p.), trasformato in illecito civile sottoposto a sanzione pecuniaria³³, ha reso evidentemente non punibili in forma aggravata le condotte offensive ingiuriose di carattere razzista (cui, fino a ora, era solitamente applicabile la circostanza della finalità di discriminazione o di odio). La novità ha un peso tutt'altro che trascurabile sulla tutela contro gli atti discriminatori, in quanto questo tipo di condotte hanno fin qui forse rappresentato i casi di più frequente contestazione dell'aggravante.

In ogni caso, bisogna ormai registrare che quando al fatto ingiurioso, come spesso accade, si accompagnano minacce o altri fatti aventi rilevanza penale, resta ferma la possibilità di contestare l'aggravante³⁴, possibilità, invece, esclusa quando l'unica condotta illecita (non più penalmente rilevante) è quella offensiva dell'onore o del decoro della persona³⁵.

3 - L'apporto interpretativo della giurisprudenza

Prima di addentrarci nell'esame delle questioni poste dalla norma dell'art. 604-ter c.p., è utile riassumere i due principali indirizzi interpretativi che sono andati consolidandosi nella giurisprudenza di legittimità, non di rado chiamata a precisare gli elementi la cui ricorrenza è ritenuta necessaria per l'integrazione dell'aggravante.

Il primo di questi indirizzi - di taglio più restrittivo - è quello maggiormente fedele alla lettera della disposizione, che, utilizzando il concetto di "finalità" di discriminazione o di odio, sembra alludere alla necessità che ricorra qualcosa di *esterno e ulteriore* rispetto alla condotta costituente il reato base, a quest'ultima collegata da un nesso teleologico e integrante lo scopo cui essa è protesa. Al suddetto nesso di strumentalità tra

³² Il decreto reca "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67".

³³ Si veda l'art. 1, primo comma, lett. c), e l'art. 4, primo comma, lett. a), d.lgs. n. 7 del 2016, cit.

³⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2017 (dep. 27 ottobre 2017), n. 49503, in www.italgiure.giustizia.it, relativa a un episodio in cui era stato contestato, nella forma continuata, il reato di ingiuria (art. 594 c.p., ora abrogato), di violenza privata (art. 610 c.p.) e di minacce (art. 612 c.p.), con l'aggravante della finalità di discriminazione e odio razziale.

³⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 2018 (dep. 18 gennaio 2019), n. 2461, in www.italgiure.giustizia.it.



il reato e lo scopo ulteriore è ricollegato dalla legge il maggiore disvalore del fatto. Il legislatore avrebbe, dunque, attribuito rilevanza non a un semplice movente dell'azione, a essa intrinseco, quanto, invece, esclusivamente al fatto che tale azione sia *intenzionalmente diretta a suscitare in altri sentimenti di odio* (in rapporto alla razza, all'etnia, alla nazionalità, alla religione)³⁶, o comunque a dar luogo al concreto pericolo di atti così detti emulativi³⁷.

A questo tipo di ricostruzione, l'indirizzo dominante oppone una lettura che guarda piuttosto alla *intrinseca valenza discriminatoria* della condotta, consistente nella oggettiva *esteriorizzazione dello stesso disconoscimento d'eguaglianza*, ovvero nell'affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui (sempre in rapporto alla razza, all'etnia, alla nazionalità, alla religione)³⁸. Anche in questo caso deve essere compiuto un

³⁶ Tra le finalità che rendono configurabile l'aggravante in esame, non vi è quella costituita dall'intolleranza politica o dall'odio motivato da ragioni politiche: Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2006 (dep. 22 dicembre 2006), n. 42258, in *Cass. pen.*, n. 11, 2007, p. 4171.

³⁷ In questo senso, Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005 (dep. 5 dicembre 2005), n. 44295, in *Cass. pen.*, n. 3, 2006, p. 878 s.; Id., sez. III, 20 febbraio 2007 (dep. 3 aprile 2007), n. 13679, in *Riv. pen.*, n. 7-8, 2007, p. 742. Sembra ispirarsi, almeno in parte, a tale indirizzo anche Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2008 (dep. 7 ottobre 2008), n. 38217, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3, 2009, p. 649 s., dove si argomenta per la sussistenza dell'aggravante anche dalla circostanza che l'azione "fosse idonea a fare sorgere negli amici [...] identico sentimento di disprezzo".

Per l'applicazione del medesimo criterio, senza riconoscere a esso, però, valore esclusivo, cfr. Cass. pen., sez. V, 23 marzo 2018 (dep. 12 luglio 2018), n. 32028, *Diritto & Giustizia*, 13 luglio 2018; Id., sez. III, 23 giugno 2015 (dep. 14 settembre 2015), n. 36906, in *Cass. pen.*, n. 3, 2016, p. 1000 ss. (che lo richiama al punto 10 del *Considerato in diritto*).

³⁸ Tra le altre, cfr. Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006 (dep. 17 marzo 2006), n. 9381, cit., p. 79 ss.; Id., 11 luglio 2006 (dep. 15 novembre 2006), n. 37609, in *Riv. pen.*, n. 2, 2007, p. 152, dove si precisa che, richiedendo la finalizzazione della condotta allo scopo di suscitare in altri sentimenti discriminatori, "l'aggravante dovrebbe escludersi in tutti i casi in cui l'azione lesiva si svolga nell'assenza di terze persone di guisa che l'esteriorizzazione della pulsione discriminatoria non possa sortire pericolosi effetti emulativi", contro la *ratio* della disposizione; Id., 29 ottobre 2009 (dep. 28 dicembre 2009), n. 49694, in *Cass. pen.*, n. 1, 2011, p. 366 s.; Id., 28 gennaio 2010 (dep. 11 giugno 2010), n. 22570, in *DeJureGFL*; Id., 15 maggio 2013 (dep. 12 giugno 2013), n. 25870, *ivi*; Id., sez. fer., 20 agosto 2015 (dep. 24 settembre 2015), n. 38877, *ivi*; Id., sez. V, 2 marzo 2015 (dep. 18 giugno 2015), n. 25756 *ivi*; Id., 15 ottobre 2008 (dep. 20 novembre 2008), n. 43417, *ivi*. Trae argomento dalla prevista punizione di *singoli atti* discriminatori, senza che la legge la subordini "alla presenza di modalità clamorose di realizzazione", per prediligere questo orientamento della Cassazione rispetto al precedente, L. FERLA, *L'applicazione della finalità*, cit., p. 1471.

Il termine "italiano", accoppiato a una parola ingiuriosa, può essere letto come individualizzazione di una persona singola, nei cui confronti si ha disistima, piuttosto che come riferimento a una identità etnica in quanto facente parte di una comunità nazionale, quella italiana, che proprio nel nostro paese non può essere correlata a una situazione di



accertamento volto a stabilire se “l’azione sia potenzialmente idonea a conseguire lo scopo discriminatorio” cui allude la disposizione, tuttavia tale accertamento ha carattere oggettivo in quanto “va parametrato non all’idoneità occasionale del fatto a conseguire ulteriore disvalore, bensì al dato culturale che lo connota”³⁹. Resterebbe, comunque, ancora una volta, esclusa ogni indagine sul movente dell’azione costitutiva del reato base⁴⁰, il che comporta, ad esempio, che non possa sorgere alcun problema di incompatibilità tra circostanze che implicino la coesistenza di stati d’animo diversi nella medesima azione, come nel caso di contestuale riconoscimento dell’attenuante della provocazione⁴¹. Lo scopo discriminatorio deve però pur sempre sussistere ed essere, a mio parere, legato da un nesso diretto e non meramente occasionale con il reato base. In caso, per esempio, di rapina, la pretesa del denaro dovrebbe effettivamente essere “collegata alla [...] ragione discriminatoria”, mentre non dovrebbe bastare a integrare l’aggravante l’espressione intrinsecamente offensiva intervenuta “nell’ambito della discussione che è sorta tra le parti dopo che la richiesta di danaro era restata inascoltata”⁴².

inferiorità o suscettibile di essere discriminata: Cass. pen., sez. V, 28 gennaio 2010 (dep. 25 marzo 2010), n. 11590, in *Riv. pen.*, n. 6, 2010, p. 610.

³⁹ Così Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006 (dep. 17 marzo 2006), n. 9381, cit., punto 2 del *Ritenuto in diritto*.

⁴⁰ Ciò nel senso che “qualora l’agente nel commettere il reato scelga consapevolmente modalità fondate sul disprezzo razziale deve ritenersi che lo stesso persegua la finalità che caratterizza l’aggravante in questione a prescindere dal movente che ha innescato la condotta e che può essere anche di tutt’altra natura. In definitiva l’aggravante sussiste allorquando risulti che il reato sia stato oggettivamente strumentalizzato all’odio o alla discriminazione razziale, etnica o nazionale”: Cass. pen., sez. V, 13 luglio 2015 (dep. 28 ottobre 2015), n. 43488, in *Diritto & Giustizia*, 29 ottobre 2015, punto 2.1 del *Considerato in diritto*; Id., 4 febbraio 2013 (dep. 15 luglio 2013), n. 30525, in *Foro it.*, n. 12, 2013, II, c. 696.

Aveva manifestato alcune perplessità circa la mancanza di rilievo, sostenuta dalla Cassazione, della mozione soggettiva dell’agente, **L. FERLA**, *L’applicazione della finalità*, cit., p. 1469, secondo la quale le «interpretazioni “oggettivanti”» della circostanza in esame tradirebbero le stesse finalità perseguite dalla riforma introdotta nel 1990 in materia di valutazione delle circostanze aggravanti.

⁴¹ Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2017 (dep. 22 gennaio 2018), n. 2630, cit., p. 77, punto 2 del *Considerato in diritto*, secondo cui “una cosa è la coesistenza nella medesima azione criminosa di stati d’animo contrastanti mentre altra cosa è la coesistenza tra uno stato d’animo che attenui la gravità del fatto e una condotta, destinata a rendere percepibile all’esterno un sentimento d’odio, senza che assuma rilievo la mozione soggettiva dell’agente”.

⁴² Si riproducono tra virgolette nel testo le ragioni prospettate rispettivamente dal collegio giudicante e dalla difesa dell’imputato per affermare/negare la sussistenza



Nelle pronunzie più recenti, i due richiamati orientamenti sono ormai egualmente ritenuti idonei a descrivere i presupposti applicativi dell'aggravante, e si dà la prevalenza all'uno o all'altro a seconda delle circostanze che caratterizzano l'azione avente finalità discriminatoria⁴³.

Inoltre, proprio in occasione di un intervento della Corte su una vicenda caratterizzata da una condotta discriminatoria determinata dal fattore religioso, i giudici sembrano collegare la configurabilità dell'aggravante anche al *motivo* che è alla base dell'azione posta in essere dal soggetto e vietata dalla legge⁴⁴. Pronunciandosi in relazione a una condanna per il reato di cui all'art. 527 c.p., originata dal tentativo compiuto da un uomo di togliere il velo a una donna islamica che si stava recando alla moschea, cui vengono, altresì, rivolte frasi offensive e oscene, la Cassazione sembra trarre argomento per la sussistenza dell'aggravante anche dal comportamento "*rivelatore di una volontà lesiva dell'integrità morale di persone appartenenti alla cultura religiosa islamica, diversa da quella cattolica dominante nel Paese*"⁴⁵. Argomentazione che sembra presente anche in qualche altra pronunzia dove si afferma che "*l'azione era motivata esclusivamente dal fatto che si trattava di persona appartenente a una razza diversa*"⁴⁶. Ma altre sentenze escludono nettamente che la "finalità" di

dell'aggravante nel caso deciso da Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010 (dep. 21 luglio 2010), n. 28682, in *DeJureGFL*.

⁴³ Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 marzo 2018 (dep. 12 luglio 2018), n. 32028, cit.; Id., sez. III, 23 giugno 2015 (dep. 14 settembre 2015), n. 36906, cit.; Id., sez. V, 14 febbraio 2018 (dep. 28 marzo 2018), n. 14200, in *Diritto & Giustizia*, 29 marzo 2018; Id., 2 novembre 2017 (dep. 19 febbraio 2018), n. 7859, in *Guida al diritto*, n. 15, 2018, p. 97; Id., 8 febbraio 2017 (dep. 20 marzo 2017), n. 13530, in *DeJureGFL*; Id., 9 luglio 2009 (dep. 5 ottobre 2009), n. 38597, in *Cass. pen.*, n. 11, 2010, p. 3832; Id., 23 settembre 2008 (dep. 13 ottobre 2008), n. 38591, in *DeJureGFL*.

⁴⁴ Reputa la pronunzia in parola (insieme con quella di Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2008, n. 38217, cit.), espressione di un ulteriore indirizzo interpretativo nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, per il quale sarebbe "*l'intenzione (discriminatoria) dell'agente a determinare la configurabilità dell'aggravante*", **G. PAGLIARULO**, *La tutela penale*, cit., p. 21.

⁴⁵ Così Cass. pen., sez. III, 9 marzo 2006 (dep. 4 aprile 2006), n. 11919, in *Dir. eccl.*, n. 3-4, 2006, p. 114 ss.

⁴⁶ Cfr. Cass. pen., sez. V, 12 giugno 2008 (dep. 7 ottobre 2008), n. 38217, cit., p. 649 s. Parla di "*inequivoca volontà di discriminare la vittima del reato in ragione della sua identità razziale*", Cass. pen., sez. V, 4 febbraio 2013 (dep. 15 luglio 2013), n. 30525, cit., c. 696.

De iure condendo, l'art. 3, settimo comma, della bozza definitiva della Proposta di legge recante "*Norme in materia di libertà di coscienza e di religione*", elaborata dalla Fondazione Astrid e dal gruppo di lavoro coordinato dal prof. Zaccaria, al momento, a quanto mi



discriminazione o di odio possa corrispondere ai “motivi” (quali, ad esempio, i “motivi abietti o futili” di cui all’art. 61, n. 1, c.p.) della condotta⁴⁷.

Non è in ogni caso necessario che il reato colpisca un appartenente a un gruppo etnico, razziale, nazionale o religioso diverso da quello dell’agente. Si è anzi chiarito che integra il reato di minaccia aggravata dalla circostanza in esame la condotta di colui che effettui telefonate all’indirizzo della persona offesa (docente di storia e studiosa delle persecuzioni razziali) prospettandole alcuni mali ingiusti, e manifesti odio nei confronti del popolo ebraico ed esultanza per le persecuzioni di cui è stato vittima, considerato che la finalità di odio razziale e religioso sussiste non solo quando il reato sia rivolto a un appartenente al popolo ebraico, ma anche quando sia indirizzato a coloro che, per le più diverse ragioni, siano accomunati dall’agente alla essenza e ai destini del detto popolo⁴⁸.

4 - Le criticità messe in luce dalla dottrina e il limitato rilievo dei problemi di composizione tra la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato, e l’eguaglianza e pari dignità di ogni essere umano, dall’altro

Sin dalla loro introduzione nel nostro sistema giuridico, le norme penali contro gli atti discriminatori in genere hanno indotto una parte della dottrina a esprimere alcune motivate riserve o perplessità, quando non a formulare giudizi radicalmente negativi, che hanno messo in luce alcuni limiti delle nuove disposizioni, sia sul versante tipicamente penalistico, sia

risulta, inedita, introduce nell’art. 61 c.p. l’aggravante dell’ „avere agito per motivi di odio o intolleranza religiosi”.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2006 (dep. 22 dicembre 2006), n. 42258, cit., secondo cui «l’odio o la discriminazione debbono costituire non i “motivi” [...] ma le “finalità” dell’azione, la quale deve quindi risultare non semplicemente frutto di riconoscibili pulsioni interne di un certo tipo (eventualmente valutabili solo sotto diversi profili, fra i quali anche quelli di cui al citato art. 61 c.p., n. 1), ma strumento per il conseguimento di obiettivi costituiti, quanto all’odio, proprio dalla sua voluta e ricercata manifestazione, onde renderlo percepibile all’esterno dal destinatario dell’azione criminosa ed eventualmente anche da terzi estranei (laddove, in difetto di tale finalità, ben potrebbe l’agente, pur mosso da analogo sentimento, porre invece attenzione a far sì che esso non traspaia all’esterno); quanto alla discriminazione, dall’adozione di comportamenti che non si limitino ad esprimere sentimenti di generico rifiuto o di antipatia, per quanto censurabili essi possano ritenersi», ma valutabili secondo la nozione di “discriminazione” contenuta nell’art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966.

⁴⁸ Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2011 (dep. 12 gennaio 2012), n. 563, cit., p. 563.



su quello riguardante la loro compatibilità con alcuni principi della Carta fondamentale.

Non è difficile, sotto il primo aspetto, imbattersi in valutazioni che lamentano il carattere sostanzialmente “simbolico” della repressione⁴⁹, o la scarsa idoneità ed efficacia della sanzione penale a prevenire e combattere fenomeni radicati in costumi e convinzioni culturali profondamente sbagliate da correggere soprattutto con misure di carattere educativo⁵⁰, o l’incompatibilità di tali scelte di penalizzazione con il principio di *extrema ratio* che dovrebbe guidare il legislatore quando decida di fare ricorso alla sanzione più grave prevista dal nostro ordinamento per la punizione di determinate condotte⁵¹, o ancora la stessa non sufficiente determinatezza delle fattispecie legali⁵².

Dal secondo punto di vista, le perplessità espresse dalla dottrina riguardano soprattutto il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, in cui sono in molti a ravvisare una semplice manifestazione del pensiero ricadente nella sfera di protezione offerta dall’art. 21 Cost. Come per tutti i reati così detti “di opinione”, si nega che sia costituzionalmente compatibile vietare una condotta destinata a esaurirsi in una semplice manifestazione della libertà di espressione⁵³, per quanto i contenuti di queste esternazioni possano rivelare cattivo gusto,

⁴⁹ L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., p. 14, secondo cui, nella normativa in esame, la finalità secondaria perseguita dal legislatore penale “di veicolare messaggi che [...] vengono affidati alla particolare efficacia del prestigioso strumento”, “soverchia quella principale” della punizione di fatti realmente offensivi, “con la conseguenza di spostare la valenza della previsione normativa dal piano precettivo a quello simbolico”; M. LA ROSA, *I “crimini contro l’ospitalità”*, cit., p. 414. Tra gli ecclesiastici, per un accenno adesivo, cfr. A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 355. Cfr. anche *ibidem*, p. 360.

⁵⁰ Cfr. gli Autori citati da A. AMBROSI, *Libertà di pensiero*, cit., p. 521, nota 8, e p. 523, nota 18.

⁵¹ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1698.

⁵² Cfr. C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, cit., § 1, secondo cui “la volontà di estendere il precetto a qualsivoglia forma di razzismo, da un lato comporta l’utilizzo di formule legislative sfumate e onnicomprensive, con inevitabile sacrificio delle garanzie di tassatività tipiche della disciplina penale, dall’altro suscita fondati dubbi circa la stessa applicabilità delle norme incriminatrici”.

⁵³ Nel nostro ambito di studi e di ricerche, analoghe questioni vengono affrontate a proposito dei reati posti a tutela del sentimento religioso. Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. LICASTRO, *Il “nuovo” volto delle norme penali a tutela del sentimento religioso nella cornice dei c.d. «reati di opinione»*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.



urtare la sensibilità di molti, offendere la memoria delle vittime di atrocità del passato⁵⁴.

Per superare questo tipo di obiezioni, si percorrono di solito due strade.

Per alcuni è sufficiente ribadire che la stessa libertà tutelata dall'art. 21 Cost. non è esente da limiti (impliciti). Anche le ricostruzioni più garantiste del contenuto di tale diritto di libertà, scarsamente disposte ad ammettere l'esistenza di limiti così detti "interni" o "intrinseci", riconoscono l'operatività di limiti "esterni", che derivano, in pratica, dall'esigenza di concorrente attuazione di altri beni o interessi costituzionalmente protetti. E tra questi beni potrebbe venire in rilievo il principio di "pari dignità" di cui all'art. 3 Cost., che risulterebbe leso da espressioni di opinioni o idee obiettivamente discriminatorie.

Secondo altre ricostruzioni, anche il richiamo all'eguaglianza e alla dignità di ogni essere umano possono non bastare ad ammettere una compressione della libertà fondamentale di cui all'art. 21 Cost. L'ammissibilità di una forma di tutela dalle idee razziste e discriminatorie dovrebbe intendersi subordinata alla configurazione o interpretazione delle relative fattispecie penali come reati così detti *di pericolo concreto*⁵⁵, che giustificano la repressione di un atto di manifestazione del pensiero non per quello che esso è in sé e per sé, né per il suo conflitto col valore *astratto* di dignità proprio di ogni essere umano⁵⁶, ma solo quale fattore potenzialmente scatenante una *effettiva* lesione o messa in pericolo di quel

⁵⁴ Per il divieto previsto dall'art. 604-bis, secondo comma, c.p., riguardante ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo che persegua lo scopo dell'incitamento alla discriminazione o alla violenza, il dubbio di contrasto con la Costituzione riguarda ovviamente la libertà di associazione da quest'ultima garantita all'art. 18, che però si arresta di fronte ad associazioni che perseguono finalità non consentite ai singoli dalla legge penale, tra cui è da annoverare il compimento di atti di violenza o minaccia che normalmente accompagnano la condotta discriminatoria.

⁵⁵ In genere, si trae in questo senso argomento anche dal risalente insegnamento della Corte costituzionale in base al quale le norme che puniscono l'apologia del fascismo possono essere ritenute non contrastanti con la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero solo se applicate in presenza di un concreto pericolo di riorganizzazione del partito fascista: **A. AMBROSI**, *Libertà di pensiero*, cit., p. 525 s. Cfr., altresì, **G. PAVICH**, **A. BONOMI**, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 20 ss. (e, con riferimento alla circostanza in esame, p. 26), secondo cui "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". Tra gli ecclesiasticisti, cfr. **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 361.

⁵⁶ **A. AMBROSI**, *Libertà di pensiero*, cit., p. 533 s.



bene⁵⁷. Dovrebbe essere il giudice, chiamato a compiere un apprezzamento delle modalità della condotta e di tutte le altre circostanze di fatto, a ravvisare una situazione *concretamente* lesiva dell'attributo della dignità di ogni essere umano. Non si dà, dunque, per scontata la prevalenza del principio sancito dall'art. 3 Cost. su quello di cui all'art. 21 Cost. che sembrerebbe essere sottesa alla previsione dei reati in esame, ma si concede il più ampio respiro possibile alle proiezioni della libertà di espressione, evitando di imbrigliarle in forme troppo rigide di tutela dei fattori di rischio cui è esposto il principio di pari dignità di ogni essere umano.

Piuttosto, il riferimento al principio di cui all'art. 3 Cost., nell'ambito della specifica tematica in esame, si rivela non pienamente appagante nella misura in cui la proclamata eguaglianza è ribadita con espresso rinvio a sette fattori di potenziale discriminazione ("senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali"), mentre le norme penali in esame si limitano a considerarne non più di quattro, ossia la razza, l'etnia, la nazionalità e la religione. Nei confronti delle manifestazioni di carattere discriminatorio che investono questi fattori si è dunque assicurata una forma di protezione più intensa, dalla quale resterebbero esclusi gli altri fattori di rischio contemplati dall'art. 3 Cost.

Non è chiaro se sia possibile ritagliare nell'art. 3 Cost. uno statuto giuridico particolare per alcune tipologie di discriminazione (con esclusione di altre), o, se si preferisce, individuare un "nucleo duro" di tutela che collochi su un gradino gerarchicamente superiore determinati fattori di rischio rispetto ad altri⁵⁸. Piuttosto, la circostanza che il netto rifiuto di una qualsiasi discriminazione fondata sulla razza abbia richiesto

⁵⁷ Reputa necessaria "un'attenta analisi circa il contesto nel quale l'azione si colloca, al fine di appurare se questa assuma le sembianze di una autentica svalutazione della dignità del soggetto passivo motivata da sentimenti di disprezzo e di superiorità di natura razziale, etnica o religiosa", **L. FERLA**, *L'applicazione della finalità*, cit., p. 1472.

Una valutazione di questo tipo è del resto necessaria in considerazione del fatto che al linguaggio "è coesistente un tasso variabile di ambiguità: così che la medesima espressione verbale acquista significato diverso a seconda dei contesti, e quindi in funzione dell'identità di chi parla, delle motivazioni e degli obiettivi che si propone, dell'uditorio che ascolta": **A. AMBROSI**, *Libertà di pensiero*, cit., p. 522.

⁵⁸ Esclude questa possibilità, **A. AMBROSI**, *Libertà di pensiero*, cit., p. 527 s., il quale mette altresì in guardia dalle conseguenze cui porterebbe un limite "ideale" alla libertà di manifestazione del pensiero tratto dall'art. 3 Cost.: "[c]ommetterebbe reato chi proclami vera una religione, false le altre?"; "[i]l rischio (meglio: la certezza) è che la libertà di pensiero verrebbe vincolata al rispetto di una sorta di ordine pubblico ideale" (*ibidem*, p. 528).



meno tempo per affermarsi nella coscienza sociale e giuridica del paese rispetto a quella fondata ad esempio sulla diversità di sesso non giustificerebbe da sola una lettura della norma che movesse da un diverso approccio del Costituente nella regolamentazione dei due fenomeni.

Ambiti di graduata intensità o di diversa estensione del divieto di discriminazione in rapporto ai *singoli fattori di rischio* ivi contemplati, potrebbero conseguire al giudizio di *ragionevolezza delle differenziazioni*, ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza intrinseco alla norma in esame e ben noto anche per il suo carattere eminentemente relativo: molto più difficile è ammettere che si possa operare una ragionevole differenziazione normativa basata sulla diversità di razza, a fronte di una analoga differenziazione operata, invece, per ragioni religiose o inerenti al sesso⁵⁹.

È da escludere, tuttavia, che siano state considerazioni di questo tipo a indurre il legislatore penale a prevedere forme di tutela rafforzata per alcuni specifici fattori di rischio riguardanti gli atti discriminatori. Invece, non può negarsi che, soprattutto in una fase iniziale, abbiano concorso a determinare questo tipo di scelte alcuni impegni contratti dall'Italia al livello internazionale e, in particolare, la già menzionata Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Questo non vale, ovviamente, a garantire, di per sé, la piena compatibilità costituzionale delle scelte concretamente operate⁶⁰, ma offre un quadro di riferimento più articolato di valori e interessi, dotato di copertura ex art. 117, primo comma, Cost., rispetto a quello facente leva solo sul principio dell'art. 3 Cost.

Sembra, del resto, rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la scelta, tutt'altro che irragionevole, di guardare con particolare attenzione (e preoccupazione ...) ad alcuni risvolti dell'eguaglianza che, per ragioni storiche⁶¹ e culturali, si reputano esposti a maggiori rischi di possibili manifestazioni di intolleranza e ostilità. Non tutti i fattori di rischio contemplati dall'art. 3 Cost. hanno peso equivalente quali possibili cause

⁵⁹ Cfr. L. PALADIN, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, § 16, secondo cui "[i]l divieto delle differenziazioni aventi riguardo alla razza, non ricevendo deroghe di sorta nel seguito del testo costituzionale, determina un limite assoluto delle funzioni normativa, esecutiva e giudiziaria, ed indirettamente - quale fattore dell'ordine pubblico - dell'autonomia privata".

⁶⁰ Cfr. A. AMBROSI, *Libertà di pensiero*, cit., p. 536 ss., per una puntuale ricostruzione dei percorsi che potrebbero condurre a una dichiarazione di incostituzionalità delle norme in esame nonostante la "copertura" offerta dall'art. 117, primo comma, Cost.

⁶¹ Cfr. G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., p. 14.



scatenanti di condotte discriminatorie e il legislatore, del tutto ragionevolmente, si è, quindi, orientato verso forme di tutela differenziata. Ne deriva che, in caso di incriminazioni di semplici manifestazioni del pensiero, più contenuto è il sacrificio cui va incontro la stessa libertà tutelata dall'art. 21 Cost., destinata a espandersi pienamente fuori da quegli specifici ambiti di tutela in cui l'eguaglianza appare particolarmente vulnerabile.

Si consideri lo stesso ampliamento della tutela al fattore di rischio legato alla religione, ricollegato da molti al decreto Mancino, ma, come si è detto, intervenuto già con la legge 8 marzo 1989, n. 101, cioè con una disposizione significativamente inclusa nel quadro della regolamentazione dei rapporti tra lo Stato e la confessione ebraica, sebbene non destinata ad avere propriamente efficacia *inter partes*⁶².

Una volta estesa la normativa del 1975 (art. 3) alle "manifestazioni di intolleranza e pregiudizio *religioso*" (art. 2, quinto comma), non è dato distinguere tra diverse religioni, e tuttavia non può sfuggire che concreti episodi di questo tipo di intolleranza colpiscono quasi esclusivamente i credenti di quelle fedi nelle quali è stretto il legame tra la dimensione religiosa e quella razziale o di appartenenza a una data etnia. Proprio nei riguardi dell'ebraismo è difficile distinguere tra trattamenti discriminatori dovuti all'origine etnico-razziale o alla religione, essendo i due profili strettamente connessi ed espressione di una precisa e complessa identità culturale che caratterizza il gruppo di appartenenza⁶³. E lo stesso legame di

⁶² Sulla "portata generale" dell'estensione operata dalla norma, nonostante essa sia contenuta in una fonte riguardante la disciplina dei rapporti tra lo Stato e una Confessione religiosa, rinvio per tutti a **G. CASUSCELLI**, *Il diritto penale*, cit., p. 398.

⁶³ Sul costante e stretto collegamento tra ascendenza razziale e professione della religione ebraica nell'esperienza della persecuzione contro gli ebrei, si veda **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p. 269 ss., dove, ad esempio, si precisa che, nella legislazione italiana a difesa della razza, «l'essere di religione ebraica o comunque iscritti a una comunità israelitica o l'aver "fatto, in qualsiasi modo, manifestazioni di ebraismo" era elemento determinante per essere considerati di "razza ebraica"», anche se non «era sufficiente l'appartenenza ad altra religione dei nati da genitori ebrei per essere considerati "ariani"» (*ibidem*, p. 270). Non è in gioco solo la natura complessa dell'ebraismo, non riducibile a una unica dimensione di carattere strettamente fideistico, ma ci sarebbe stata pure una connessione estrinseca tra normativa persecutoria e legislazione riguardante il regime di culti, laddove si reputasse che "la legislazione razziale antisemita dev'essere considerata anche uno sviluppo del principio della discriminazione religiosa introdotto, dopo i Patti Lateranensi, con la legge n. 1159 del 1929 e con la normativa del 1930-1931 sulle Comunità israelitiche" (*ibidem*, p. 271). In ogni caso, il suddetto abbinamento spiega perché "[r]azze e credenze religiose sono [...] prese in considerazione sempre unitariamente dalla maggior parte degli atti internazionali sui diritti dell'uomo" (*ibidem*, p. 272).



appartenenza etnica, non separabile dalla fede religiosa professata, è caratteristico dell'Islam ed è alla base delle manifestazioni di islamofobia che colpiscono i mussulmani. Raramente, invece, nella nostra realtà atti discriminatori sono posti in essere ai danni di chi professa una fede i cui aderenti non si identifichino *anche* per legami di appartenenza etnico-razziale.

Se, come si è fin qui visto, l'individuazione di un soddisfacente punto di equilibrio tra la libertà di cui all'art. 21 Cost. e le ragioni che possono giustificare la repressione di una condotta esaucentes in una semplice espressione del pensiero può essere questione delicata e complessa, solo marginalmente un analogo tipo di problemi può interessare la circostanza aggravante in esame.

Questo, anzitutto, perché essa, proprio in quanto elemento accessorio del reato base, si limita a dare giuridica rilevanza a un *ulteriore* disvalore del fatto, già di per sé racchiuso nella condotta punita a titolo principale. È vero che il predetto apporto aggiuntivo in termini di disvalore può rivelarsi o presentarsi ancora una volta sotto forma di manifestazione del pensiero, ma la "combinazione" tra i due elementi delinea una situazione complessivamente nuova, che consente di illuminare con una luce diversa il fatto rientrante nella previsione del reato base.

La rimozione, il danneggiamento o la deturpazione di una pietra di inciampo (le targhe della memoria d'ottone, a forma di sanpietrino, presenti in numerose città), sebbene già di per sé tutt'altro che innocua, in quanto chiaramente lesiva di beni giuridicamente protetti con la sanzione penale, avrebbe forse buone possibilità di essere considerata dal giudice come fatto di lieve entità, se valutata solo in termini di offesa a tali beni e interessi, con quanto ciò oggi comporta ai fini della concreta irrogazione della pena. Quando, però, essa viene utilizzata (e proprio per il fatto di essere utilizzata) quale forma di esternazione, di trasmissione o di diffusione di un messaggio di stampo antisemita⁶⁴, si riempie di contenuti che trascendono di molto la dimensione meramente materiale del gesto, lasciando intravedere una studiata e pericolosa strategia discriminatoria. *Il furto* (o il danneggiamento o la deturpazione) *non è più*, sostanzialmente, *un furto* (e assimilati), ma si trasforma in uno strumento di diffusione di un messaggio antisemita. E *il*

⁶⁴ Si pensi al caso, realmente accaduto a Roma nello scorso mese di maggio, in cui sopra la pietra è stato incollato un adesivo contenente la scritta, non a caso in lingua tedesca, "*Die Mörder kehren immer zu Ort des Verbrechens zurück*" (l'assassino torna sempre sul luogo del delitto). Il danno patrimoniale, una volta facilmente rimosso l'adesivo, è inesistente, ma il fatto ha un inequivoco e inquietante significato simbolico, che ne assorbe e riassume tutto il disvalore.



messaggio non è più (soltanto) una manifestazione del pensiero, perché rivestito di forme violente (contro le cose e, in un certo senso, anche contro le persone che esse idealmente rappresentano), carico di profili di pericolosità e avente carattere intrinsecamente offensivo. In un tale contesto, l'aggravante serve a intercettare ed esprimere l'eccedenza di disvalore del fatto tipico, risultante proprio dalla combinazione tra l'elemento accessorio con l'elemento materiale della fattispecie del reato base.

D'altra parte, per scongiurare i rischi di cui si discute, non sembra affatto necessario patrocinare una ricostruzione rigida del concetto di "finalità di discriminazione", ipotizzando che essa presupponga «la realizzazione di una fattispecie criminosa tale da consentire all'agente di finalizzarla, per l'appunto, a un esito consistente in un'arbitraria "disparità di trattamento"»⁶⁵.

Un esito interpretativo di questo tipo finirebbe col determinare una incompatibilità logica tra «fatti delittuosi a base "violenta"» e l'idea stessa di «comportamento suscettibile di tradursi in esiti di natura "discriminatoria"», postulando questi ultimi pur sempre l'esclusione di una condizione della vittima di «impossibilità materiale di "accedere" [...] a qualsiasi forma di rapporto sociale [...] suscettibile di fornire l'occasione per sottoporla a un regime differenziato in ragione delle sue qualità o condizioni personali»⁶⁶.

Peraltro, è certamente vero, come non si è mancato di rilevare in sede di enunciazione di questa tesi, che ricomprendere fra i reati base cui possa applicarsi l'aggravante anche la condotta violenta "ulteriormente qualificata da un atteggiamento di intolleranza o di disprezzo dovuto a motivazioni di tipo razziale, etnico e religioso", significa guardare all'autore del fatto come a colui che «ha operato sotto la spinta di "motivi" a sfondo razziale (o assimilati)»⁶⁷, anziché come persona animata dall'intento di porre le premesse per un successivo atto suscettibile di tradursi in una discriminazione.

Non sembra tuttavia che, nelle intenzioni del legislatore, tutto ciò dovesse servire a differenziare la sfera di applicabilità dell'aggravante dalla peculiare condotta rientrante nella fattispecie di reato descritta alla lett. a) del primo comma dell'art. 604-bis c.p., che punisce (fra gli altri) chi "commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi": piuttosto, ai sensi di quest'ultima disposizione, si punisce in

⁶⁵ Sostiene questa tesi, G. DE FRANCESCO, *Commento*, cit., p. 182.

⁶⁶ G. DE FRANCESCO, *Commento*, cit., p. 182.

⁶⁷ G. DE FRANCESCO, *Commento*, cit., p. 183.



termini del tutto generici e residuali⁶⁸ l'atto discriminatorio (motivato dai ben noti fattori di rischio) *non integrante alcuna fattispecie di reato* (diversa da quella direttamente prevista dalla legge Mancino), altrimenti destinata a prevalere (nella sua forma aggravata ai sensi dell'art. 604-ter c.p.) in forza del principio di specialità.

5 - Lo strumento penale di fronte a nuove forme di aggressione della dignità umana: in particolare, lo scopo della punizione e la questione dell'eguaglianza quale bene giuridico oggetto di protezione penale

La *ratio* delle norme in esame è stata oggetto di ridefinizione in dottrina.

Abbandonata la tesi, che era stata prospettata da taluno con riguardo alla configurazione originaria dell'incriminazione prevista dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975, secondo cui scopo della norma sarebbe quello della salvaguardia della pace sociale e della tutela dell'ordine pubblico, si conviene oggi che il nuovo quadro delle norme penali vigenti si colloca piuttosto nella diversa prospettiva della salvaguardia del principio di pari dignità e di eguaglianza della persona, "indépendamment des réflexes qui peuvent en dériver dans un contexte social plus étendu"⁶⁹. Come è stato osservato,

«la *ratio* dell'intervento penale sembrerebbe oggi concentrarsi, non più sull'esigenza di scongiurare un ricorso a livello diffuso a pratiche di natura discriminatoria, bensì sull'obiettivo di reprimere [...] il singolo comportamento con cui la discriminazione venga attuata; di conseguenza, lo stesso bene tutelato parrebbe destinato a perdere, in questa prospettiva, un significato ed una valenza percepibili in una dimensione ed in una portata essenzialmente "collettive", ed a

⁶⁸ Cfr. sul punto, le esatte osservazioni di C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, cit., § 4, secondo cui la fattispecie richiamata nel testo è "sussidiaria e residuale rispetto agli atti di violenza di cui all'art. 3, 1° co., lett. b), legge 13-10-1975, n. 654, come pure rispetto a ogni altro delitto aggravato dalla finalità razzistica di cui all'art. 3, d.l. 26-4-1993, conv. con modif. dalla legge 25-6-1993, n. 205".

⁶⁹ R. PASELLA, *La répression des phénomènes d'intolérance raciale en droit pénal italien*, in *Revue internationale de droit pénal*, n. 1, 2002, p. 215 ss., in specie p. 226. Lo stesso A. aveva in un precedente scritto prospettato la tesi secondo cui la normativa volta a combattere il razzismo non avrebbe avuto lo scopo di tutelare la dignità individuale, quanto invece di assicurare la pacifica coesistenza dei diversi gruppi nazionali o etnici: R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in *Revue internationale de droit pénal*, n. 1-2, 1986, p. 40 ss., in specie p. 55.



recuperare, al contrario, una connotazione strettamente individuale e “personalistica” di tutela del singolo»⁷⁰.

È ormai lo stesso legislatore, come si è visto, a supportare questo tipo di conclusione, che si ricava dalla collocazione sistematica prescelta per le norme in esame, una volta deciso di operarne il trasferimento nel corpo del codice.

Non manca, tuttavia, chi esprime gravi perplessità sull’operato del legislatore, ritenendo del tutto impropria la configurazione dell’„eguaglianza” come oggetto giuridico delle incriminazioni di cui alle norme in esame (compresa, per quel che qui maggiormente interessa, la norma concernente l’aggravante della finalità di discriminazione). A essere contestata, è bene precisare, non è la “contiguità” di contenuti, per così dire, tra il tipo di interesse cui è rivolta la incriminazione penale e il valore, costituzionalmente garantito, della pari dignità ed eguaglianza, quanto, invece, ancora più a monte e in radice, la possibilità stessa che un tale valore, data la configurazione giuridica a esso data dalla nostra Costituzione, sia assunto come “bene” autonomo, atto a qualificare l’oggetto giuridico di alcuni reati. Insomma, controversa è l’idoneità del bene-interesse evocato ad assurgere a oggetto giuridico autonomo di tutela penale⁷¹.

Benché non sia affatto dimostrato che una tale idoneità debba necessariamente ancorarsi alla ricorrenza di un vero e proprio diritto soggettivo⁷², i rilievi mossi alla scelta compiuta dal legislatore rinviano spesso a una questione non nuova, da tempo oggetto di riflessione tra gli studiosi, che hanno cercato di sciogliere il dubbio se l’„eguaglianza”, di cui all’art. 3 Cost., sia (solo) *un principio* (fondamentale) rivolto essenzialmente al potere legislativo (per meglio dire: ai pubblici poteri nell’esercizio, principalmente, di funzioni normative) e destinato a condizionarne l’attività, oppure se essa sia pure *un diritto* (anch’esso fondamentale), azionabile non soltanto nella sfera pubblica, ma anche nei rapporti interprivati⁷³.

Autorevoli costituzionalisti hanno, per un verso, affermato che basterebbe chiedersi se anche il soggetto privato (oltre che i pubblici poteri) debba rispettare in ogni ambito del suo agire l’eguaglianza senza

⁷⁰ G. DE FRANCESCO, *Commento*, cit., p. 181.

⁷¹ Si veda, in particolare, I. SPADARO, *Considerazioni critiche*, cit., p. 11 ss.

⁷² Sembra, invece, dare per scontata la validità di una tale impostazione, I. SPADARO, *Considerazioni critiche*, cit., p. 11.

⁷³ Affronta i termini della questione, con illustrazione degli opposti orientamenti espressi dalla dottrina costituzionalistica sul tema, M. CENTINI, *La tutela*, cit., p. 2405 ss.



distinzione di sesso, di lingua, di razza e via dicendo, “per avvedersi che l’interrogativo non ha neppure senso”⁷⁴. Per altro verso, si è pure sostenuto che “l’eguaglianza nel suo nucleo forte integra un diritto soggettivo di carattere costituzionale, un diritto inviolabile dell’uomo strettamente connesso alla sua dignità”⁷⁵ con cui deve quindi misurarsi anche il principio del libero svolgimento dell’autonomia e dei poteri privati⁷⁶.

Dalla prospettiva per prima segnalata, e aderendo a una visione particolarmente restrittiva del concetto penalistico di bene giuridico, si comprende facilmente che sarebbe tecnicamente sbagliato concepire un gruppo di reati (o anche un singolo reato) in funzione della tutela di quel bene; ogni ostacolo per soluzioni di questo tipo, invece, cadrebbe dalla seconda prospettiva accennata, data la capacità riconosciuta alla norma contenuta nell’art. 3 Cost. di espandersi con i suoi contenuti prescrittivi almeno anche in alcuni particolari ambiti caratteristici delle relazioni personali tra privati cittadini.

Probabilmente, però, i due menzionati orientamenti dottrinali sono meno lontani l’uno d’altro rispetto a quanto non appaia a una prima valutazione. Anzitutto, pure chi si dimostra particolarmente scettico sulla possibilità di individuare nella Costituzione un “diritto all’eguaglianza”, pienamente azionabile anche nei rapporti interprivati, sembra ricostruire la categoria giuridica dell’„eguaglianza” in termini molto puntuali e rigorosi (del resto, lo stesso art. 3 afferma che tutti i cittadini “sono eguali *davanti alla legge*”), senza tuttavia assumere che essa esaurisca tutti i contenuti dello stesso primo comma dell’art. 3 Cost. La (diversa e previa) formula della “pari dignità sociale”

“in effetti, non avrebbe contenuto normativo proprio, se fosse concepita alla stregua dei vincoli o delle direttive ai pubblici poteri; giacché in tal senso essa rappresenterebbe solo una imprecisa

⁷⁴ Così **L. PALADIN**, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., § 11.

⁷⁵ Così **A. CERRI**, *L’eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire dalla giurisprudenza in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1531 s. Sottolinea il ruolo servente dell’eguaglianza (e della solidarietà) nei riguardi del godimento dei diritti fondamentali, ribadendo, però, che “la stessa eguaglianza costituisce, per la sua parte, oggetto di un diritto fondamentale”, **A. RUGGERI**, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, p. 7.

⁷⁶ Cfr. **M. CENTINI**, *La tutela*, cit., p. 2414, il quale, nel dare conto di altre posizioni contrarie a riconoscere la diretta applicabilità ai rapporti interprivati dell’art. 3, primo comma, Cost., ribadisce comunque che il «concetto di dignità umana [...] assomma in sé quelle caratteristiche minime ed essenziali perché un individuo possa essere considerato “umano”: va da sé che la tutela della pari dignità sociale appaia come limite dei poteri privati, come pubblici, ancorché costituzionalmente previsti».



anticipazione dell'apposito divieto di distinguere fra i cittadini secondo condizioni sociali, da un lato, e d'altro lato dell'imposizione alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale, limitanti di fatto l'eguaglianza. Chi dunque non voglia ridurre la pari dignità sociale a un mero criterio ispiratore di successive previsioni costituzionali, non può che trasferirla dal piano della formazione e dell'esecuzione dell'ordinamento giuridico a quello della delimitazione dell'autonomia privata: considerando in suo nome lesivi dell'ordine pubblico i negozi, gli atti, le stesse attività materiali dei singoli, che disconoscano quanto costituisce, in base ad altri principi del sistema e, sussidiariamente, alla coscienza morale della nostra epoca, il valore comune di tutti i componenti il corpo sociale⁷⁷.

Correlativamente, dalla diversa prospettiva prima ricordata, non può sfuggire che è pur sempre un "nucleo" ristretto e "strettamente connesso" alla "dignità" dell'uomo a imporsi come situazione giuridica soggettiva pienamente operante anche nella sfera privata. E pure la "pari" dignità, di cui qui si discorre, è in definitiva sinonimo di "eguaglianza" (solo che questo termine non venga assunto in un significato troppo ristretto) o, in ogni caso, ne rappresenta un corollario.

Comunque la si pensi in ordine a tale delicata e complessa questione - qui rappresentata per rapidissimi cenni e in modo davvero essenziale - resta in ogni caso da considerare l'evoluzione complessiva compiuta dall'ordinamento negli ultimi tempi, da cui risulta sempre più evidente l'intento del legislatore di apprestare, in diversi ambiti, anche tipicamente privatistici, una tutela dell'eguaglianza come "diritto a non essere discriminati"⁷⁸.

Di questa evoluzione complessiva partecipa, in definitiva, anche la normativa in esame⁷⁹, sebbene non sembrino rimanere rispetto a essa del

⁷⁷ Così **L. PALADIN**, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., § 11. Sull'immediata coerenza del principio della pari dignità sociale anche in funzione di limite della libertà di manifestazione del pensiero, anche **C. ESPOSITO**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 44.

⁷⁸ Oltre alle garanzie previste in ambito lavorativo (in part. si veda il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216), basta considerare la così detta *Azione civile contro la discriminazione* prevista dall'art. 44 del decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286 (in materia di disciplina dell'immigrazione e della condizione dello straniero). Su questo istituto, si veda l'approfondita analisi di **P. BONETTI, L. MELICA, L. CASTELVETRI, A. CASADONTE**, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in **B. NASCIMBENE** (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 1082 ss.; tra gli ecclesiastici, cfr. **P. CAVANA**, *Pluralismo religioso e modelli di cittadinanza: l'azione civile contra la discriminazione*, in *Dir. eccl.*, n. 1, 2000, p. 165 ss.

⁷⁹ Sottolinea le "enormi potenzialità" della normativa in esame, tanto da rappresentare,



tutto estranei neppure alcuni profili di tutela legati alla salvaguardia dell'ordine pubblico materiale⁸⁰. A questo genere di considerazioni si è rifatta qualche pronunzia del giudice di legittimità, sia pure con riguardo al reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità di una razza e sull'odio razziale⁸¹, ma analoghi rilievi potrebbero valere anche per l'aggravante, specie se riguardata alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale che, come si è visto più sopra, mira a reprimere ogni condotta tesa a fomentare sentimenti su cui possano attecchire tensioni riflesse di un clima sociale lacerato dalla discriminazione e dall'odio verso il "diverso".

6 - Notazioni conclusive

Una strategia di repressione degli atti discriminatori, per buona parte imperniata, da un lato, sulla *restrizione di una libertà fondamentale* (la libertà di espressione) e, dall'altro, sulla stigmatizzazione di alcuni particolari *motivi della condotta*, pone alcuni interrogativi cui non è facile dare risposta.

soprattutto a seguito dell'estensione da essa operata alla punibilità del singolo atto discriminatorio, "una tappa importante nell'evoluzione della legislazione italiana sul tema della tutela della dignità umana all'interno delle dinamiche intersoggettive", M. CENTINI, *La tutela*, cit., p. 2424 s.

⁸⁰ Cfr. C.D. LEOTTA, voce *Razzismo*, § 3, secondo cui "l'ordine pubblico e la pacifica esistenza dei gruppi continu[a]no a essere beni protetti, seppur in via eventuale". Dalla punizione di forme di discriminazione violenta l'A. desume altresì che la normativa in esame tutela "in via immediata anche l'integrità psicofisica del soggetto e, qualora la condotta si consumi su cose, la sua proprietà" (*ibidem*).

Chiama in causa il principio di eguaglianza sostanziale, ravvisando nei «pregiudizi avverso i soggetti considerati "diversi"» degli "ostacoli di ordine sociale [...] alla libertà ed all'uguaglianza" che è compito della Repubblica rimuovere ai sensi dell'art. 3, cpv., Cost., 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. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2008, p. 72 s. (corsivo presente nell'originale). Riassuntivamente, a p. 84, l'A. precisa che "la disciplina sull'*hate speech* trova copertura nel principio di laicità, per come esso si atteggia nel nostro ordinamento, in combinato disposto con l'uguaglianza sostanziale, presentandosi al tempo stesso quale normativa coerente con l'adempimento dei vincoli scaturenti dall'integrazione comunitaria ex art. 117, c. 1, Cost., oltre che - sempre in forza della disposizione ora citata - con l'esecuzione degli obblighi internazionali derivanti dai trattati sull'eliminazione delle varie forme di discriminazione cui l'Italia ha partecipato".

⁸¹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 23 giugno 2015 (dep. 14 settembre 2015), n. 36906, cit., secondo cui il reato in questione è "plurioffensivo, in quanto sono almeno due i beni-interesse protetti: l'ordine pubblico inteso come diritto alla tranquillità sociale, e la dignità umana" (punto 5 del *Considerato in diritto*).



Sotto il primo aspetto, a parte i profili di dubbia costituzionalità, cui si è già accennato, e rispetto ai quali non sembra essere rimasto del tutto insensibile, in questi anni, lo stesso legislatore, come risulta dal pure per certi aspetti infelice intervento correttivo operato sulla descrizione della fattispecie maggiormente a rischio, reso peraltro vano da un altrettanto discutibile approccio interpretativo della Cassazione⁸², c'è sempre la probabilità che la repressione di una semplice esternazione di un sentimento di disprezzo verso alcune minoranze, che non si traduca in gesti o azioni violente o effettivamente pericolose, senza comportare una diretta forma di ristoro della lesione dell'interesse subita dalla vittima, sia vissuta dall'autore come una forma di "criminalizzazione delle idee", capace di esacerbare i conflitti già di per sé spia di una difficile convivenza tra portatori di identità diverse⁸³.

Proprio su questo tipo di considerazioni fanno leva alcune proposte di abrogazione dell'intera normativa in esame recentemente sottoposte al confronto politico che, se accolte, incontrerebbero sulla propria strada sia ostacoli di carattere sostanziale, legati a ragioni di opportunità, sia impedimenti di ordine formale, derivanti dai rapporti della normativa in esame con altre fonti. Basti ricordare che la predetta normativa, almeno in alcuni suoi contenuti, resta dettata in attuazione di impegni di carattere internazionale; mentre una più limitata efficacia sembra doversi riconoscere al vincolo derivante dall'art. 2, quinto comma, della legge n. 101 del 1989, che non sembra impedire un'abrogazione della disposizione oggi corrispondente all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, ma solo una modifica

⁸² Mi riferisco alla doppia sostituzione operata dall'art. 13 della l. n. 85 del 2006 nella norma dell'art. 3, primo comma, della l. n. 654 del 1975 (in base alla quale alla nozione di condotta di "diffusione in qualsiasi modo" è subentrata quella di "propaganda", e a quella di "incitamento", la nozione di "istigazione"), evidentemente animata dall'intento di raccomandare una applicazione più oculata e selettiva della norma incriminatrice e di "rimarcare la distanza tra la condotta tipizzata e la mera manifestazione del pensiero" (F. **BELLAGAMBA**, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio*, cit., p. 3). Come si sa, questa lettura - a prescindere dalla sua conformità con gli obblighi assunti a livello internazionale con la Convenzione del 1966 (cfr. **M. LA ROSA**, *I "crimini contro l'ospitalità"*, cit., p. 421) - è stata disattesa da Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008 (dep. 3 ottobre 2008), n. 37581, in *Cass. pen.*, n. 7-8, 2009, p. 3023 ss., secondo cui, per un verso, «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» e, per altro verso, «la propaganda prevista nella norma del 2006 non era diversa dalla diffusione più incitamento già previsti dalla norma del 1993". Si deve, però, anche considerare che l'argomentare della Corte è volto a verificare l'esistenza di una continuità normativa tra le fattispecie incriminatrici, ai fini della successione di leggi penali.

⁸³ Cfr. **E. MILITELLO**, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1698.



della medesima che espungesse dalla sua sfera applicativa le manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso⁸⁴.

Sotto il secondo aspetto, una strategia di repressione imperniata sui motivi, per quanto degna della massima considerazione sia in una ottica di prevenzione generale, sia nella prospettiva di una migliore conoscenza della gravità del fatto criminoso e, quindi, della pericolosità del suo autore, si scontra però, oltre che con tutte le difficoltà cui si va incontro nella prova di quello che resta un fatto, posto a base della condotta, di natura meramente *psichica*⁸⁵, coi rischi congeniti in ogni concezione dell'illecito penale eccessivamente sbilanciata sulla figura dell'autore, anziché concentrata sul fatto offensivo. Forse è anche per non incorrere in questo tipo di problemi che il legislatore ha preferito descrivere la circostanza aggravante di cui all'art. 604-ter c.p. prescindendo dal riferimento a qualsiasi elemento di carattere soggettivo, sebbene una "finalità di odio" (ancor più che una "finalità di discriminazione") sia espressione tecnicamente infelice (oltre che, per certi aspetti, inadeguata e sfuggente).

Ma tutto questo probabilmente, sul piano interpretativo, impone solo di ricercare con ancora maggiore scrupolo quella obiettiva connessione teleologica che deve esistere tra fatto di reato e realizzazione di un risultato di carattere effettivamente discriminatorio o espressione di odio (non sempre chiaramente percepibile nelle applicazioni giurisprudenziali), in mancanza della quale ogni condotta penalmente illecita che abbia per vittima soggetti appartenenti a minoranze dovrebbe considerarsi automaticamente aggravata.

Sul piano più generale della politica criminale, forse lo strumento penale non basta o non è il più adatto a sradicare i razzismi⁸⁶, quelli di ieri, prevalentemente fondati sull'esaltazione dell'ineguaglianza dei caratteri somatici individuali, e quelli di oggi, originati quasi sempre dalle difficoltà d'integrazione di chi è diverso da noi per etnia, nazionalità, per religione, ma anche per cultura, censo, fortuna e via dicendo; o, se si preferisce, a combattere un fenomeno transitato «dalla diversità "biologica", propria della normativa degli anni '30-'40, alla diversità "culturale", basata sulla "differenza"», sempre più "assolutizzata", dell'epoca attuale⁸⁷. In tal modo

⁸⁴ Per una diversa ricostruzione, cfr. **A.G. CHIZZONITI**, *Pluralismo confessionale*, cit., p. 353 s.

⁸⁵ **E. MILITELLO**, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1698.

⁸⁶ A parere di **E. MILITELLO**, *Giustizia riparativa*, cit., p. 1698, una valida "alternativa alla - e un'integrazione nella - repressione e prevenzione penalistica degli incidenti d'odio potrebbe essere costituita dal ricorso alla giustizia riparativa".

⁸⁷ **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p.



oggi si può essere razzisti anche senza manifestare pregiudiziale preferenza per alcune razze rispetto ad altre, ma semplicemente rivendicando in forme estreme e, appunto, assolutizzate, il diritto a vedere preservata la propria identità.

È indubbio del resto che le norme penali sono maggiormente idonee a tutelare beni o interessi già compiutamente definiti e generalmente condivisi nella loro dimensione assiologica, anziché a indirizzare verso la piena realizzazione e il completo radicamento nel tessuto sociale di valori ancora in parte da costruire. Ma non è, tuttavia, a esse necessariamente estranea una tale funzione “propulsiva”⁸⁸, che può invece essere utilmente praticata, senza attentare alla logica garantista sottesa al principio di offensività, in caso di contestazione di un fatto accessorio a una condotta già di per sé atta a offendere o a mettere in pericolo beni e interessi penalmente protetti.

Come è stato osservato, pur nel quadro di un’indagine volta a mettere in luce i limiti dell’attuale normativa penale in materia di atti discriminatori, la stessa dimensione simbolica delle norme penali è in certa misura fisiologica, consentendo al precetto penale di svolgere

«una funzione di *accreditamento* di regole sociali condivise, di diffusione di un messaggio “persuasivo”, funzionale a coltivare obiettivi di orientamento culturale ed a conferire all’aggregazione sociale, di cui tutti e ciascuno sono nel contempo beneficiari e responsabili, una propria identità collettiva»⁸⁹.

Nell’idea della funzione propulsiva di cui si è detto è intrinseca la previsione (e la speranza) che un giorno, una normativa come quella in esame possa essere considerata del tutto inutile ed essere superata; essa concorre, però, a esprimere e a inverare un principio irrinunciabile di civiltà

273, sulla scorta di **P.-A. TAGUIEFF**, *La forza del pregiudizio. Saggio sul razzismo e sull’antirazzismo*, il Mulino, Bologna, 1994, ed **EIUSD.**, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, R. Cortina, Milano, 1999. Cfr. pure **A. GIDDENS**, **P.W. SUTTON**, *Fondamenti di sociologia*, 5ª ed., il Mulino, Bologna, 2014.

⁸⁸ Cfr., autorevolmente, **F. MANTOVANI**, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, p. 194.

⁸⁹ **F. BELLAGAMBA**, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio*, cit., p. 28, anche con richiamo a **G. de VERO**, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 193. Secondo l’A., «[a]ssumendo questa prospettiva, non si vede come il diritto penale non debba far sentire la propria voce “stigmatizzante” di fatti che annichiliscono la dimensione stessa dell’essere umano, suscitando disapprovazione sociale e richiamando nel contempo l’attenzione dei consociati sull’orizzonte assiologico al quale il nostro ordinamento si conforma».



giuridica e, quindi, è bene, almeno per il momento, che non venga accantonata.