

Capitolo II

Crimini e discorsi d'odio nell'ottica penalistica

di *Luciana Goisis*

SOMMARIO: 1. Dalla legge Reale-Mancino ai delitti contro l'uguaglianza. *Hate crime* e *hate speech*. – 1.1. Le nozioni di razzismo, di discriminazione e di odio. – 1.2. L'oggettività giuridica. – 1.3. Tipicità ed elemento soggettivo. – 2. Censure di incostituzionalità. Il bilanciamento con la libertà d'espressione. Brevi cenni. – 3. L'*hate speech*. – 4. La giurisprudenza più recente. – 5. Le esperienze straniere. Cenni. – 6. Conclusioni. I profili sanzionatori.

1. Dalla legge Reale-Mancino ai delitti contro l'uguaglianza. *Hate crime* e *hate speech*

Sul piano del diritto positivo italiano, l'impianto antidiscriminatorio penale poggia sul disposto della c.d. legge Reale-Mancino (benché l'ordinamento già conoscesse e contempli ancora la c.d. legge Scelba, nonché la legge 9 ottobre 1967, n. 962 di attuazione della Convenzione contro il genocidio del dicembre 1948)¹. In particolare, ritroviamo le disposizioni penali che incriminano le discriminazioni razziali nella legge di ratifica della Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del dicembre 1965, la legge 13 ottobre 1975, n. 654, c.d. legge Reale.

L'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico autonome fattispecie di reato caratterizzate dalla matrice razzista: la propaganda razzista, l'incitamento alla discriminazione razziale e agli atti di violenza nei confronti di persone appartenenti ad un diverso gruppo nazionale, etnico o razziale, il compimento di atti di discriminazione e di violenza nei confronti dei medesimi soggetti e, infine, la costituzione di associazioni ed organizzazioni con scopo di incitamento all'odio o alla discriminazione razziale. Condotte riconducibili rispettivamente alla nozione di *hate*

¹Cfr. A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1 ss.

speech e di *hate crime*, ossia di discorso d'odio e crimine d'odio, in rapporto di specie a genere. I crimini d'odio sono, nella definizione che ne fornisce l'OSCE, quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla nazionalità, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere. Il discorso d'odio, la cui definizione è più incerta, può, invece, essere descritto, secondo le indicazioni del Consiglio d'Europa, come «qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme d'odio basate sull'intolleranza», definizione di recente ribadita nella Raccomandazione CM/Rec 2022 16 del Comitato dei Ministri dell'Unione europea sulla lotta all'*hate speech*².

Nella sua formulazione originaria, l'art. 3, comma 1 della citata legge, in attuazione della disposizione di cui all'art. 4 della Convenzione di New York, puniva con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto costituisse più grave reato, (lett. a) «chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», ovvero (lett. b) «chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale».

Un più incisivo intervento legislativo a carattere antidiscriminatorio si è avuto con il d.l. 26 aprile 1993, n. 122, culminato nella legge di conversione 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), recante «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa».

Il testo dell'art. 3, comma 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, novellato dalla legge Mancino, puniva: «a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

La novella si è posta dunque nella direzione di una attenuazione del trattamento sanzionatorio, attraverso una modifica verso il basso delle cornici editali: in particolare, si distinguono le condotte di mera «diffusione delle idee» e di mero «incitamento alla discriminazione», punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o violenza, o provocazione alla violenza, punite più gravemente. Si è inoltre dato rilievo alla discriminazione per motivi

²Sul tema, sia consentito il rinvio *funditus* a L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019, *passim*. La definizione risale alla Raccomandazione n. (97) 20 del Consiglio d'Europa. Sulla più recente Raccomandazione, cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Lotta contro il discorso d'odio*, Pubblicazioni del Consiglio d'Europa, 2023, p. 7.

religiosi, cosicché anche l'odio religioso e i relativi crimini sono oggi puniti in accordo a tale disciplina.

La legge del 1993 ha previsto altresì una modifica, introdotta al capoverso 3, dell'art. 3 della legge del 1975, per la quale viene punita più lievemente la costituzione di organizzazioni o associazioni con le finalità di cui sopra tra cui viene contemplata anche la discriminazione religiosa.

Sono state altresì previste dalla novella due nuove fattispecie di reato all'art. 2, intitolato «disposizioni di prevenzione»: «1. Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila. 2. È vietato l'accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche alle persone che vi si recano con emblemi o simboli di cui al comma 1. Il contravventore è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno».

Soprattutto, la legge in parola si segnala per aver introdotto, all'art. 3, la c.d. aggravante dell'odio razziale (etnico, nazionale, religioso): «1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà. 2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Dal punto di vista sanzionatorio, infine, la legge del 1993 contempla una serie di pene accessorie. I commi 1-*bis*-1-*sexies* dell'art. 1 prevedono infatti, significativamente, sanzioni con evidente finalità rieducativa, tra le quali spicca il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo modalità da stabilirsi mediante decreto ministeriale.

Su tale articolato impianto antidiscriminatorio, si innesta nel 2006 la nota riforma dei reati di opinione³. Nell'ambito di una più ampia e organica riforma dei reati di opinione, la recente legge 24 febbraio 2006, n. 85, all'art. 13, ha ulteriormente modificato l'art. 3, comma 1 della legge n. 654/1975. In particolare alla lett. a), oltre a un'ulteriore diminuzione della pena (che ora è alternativa: reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino ad Euro 6.000), vengono modificati i termini della condotta penalmente rilevante: è punito

³ Sul tema M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 8-10, rispettivamente p. 960 ss. e p. 1197 ss.

non più chi «diffonde in qualsiasi modo», ma chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»; non più chi «incita», ma chi «istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», nonché alla lett. b), chi «istiga» anziché chi «incita» a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁴.

Nell'ambito di tale disciplina, per effetto della legge n. 115/2016, è stata introdotta altresì l'ipotesi del negazionismo (nuovo comma 3-*bis* dell'art. 3 legge n. 654/1975).

Da ultimo, l'intera materia è stata trasposta, a seguito della c.d. riserva di codice, operata dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, all'interno del codice penale, segnatamente, al Titolo XII, Dei delitti contro la persona, nel Capo III, dei Delitti contro la libertà individuale, nella nuova sezione I-*bis*, dedicata ai *Delitti contro l'uguaglianza* (come vedremo tale tassonomia è oggi essenziale per la ricostruzione del bene giuridico tutelato)⁵, agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. L'art. 604-*bis* c.p. recepisce le disposizioni or ora esaminate. Così recita.

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 Euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

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

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi

⁴La Corte di Cassazione ha sostenuto che vi è continuità normativa tra il testo anteriore alle modifiche *ex lege* n. 85/2006 e quello successivo, laddove la sostituzione, nel comma 1, lett. a) dell'art. 3, della parola "diffonde" con quella "propaganda" e della parola "incita" con quella "istiga" non comporta, ai fini della configurabilità del reato, sostanziali novità, atteso che, quanto all'"incitamento", la differenza semantica rispetto all'"istigazione" appare del tutto inesistente, mentre, quanto al "propagandare", tale condotta si differenzia soltanto per specificazione da quella costituita dalla generica "diffusione", nella quale doveva quindi già ritenersi compresa, trattandosi di diffusione caratterizzata, fin dalla originaria formulazione della norma, dalla finalità di incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico. Cfr. Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. pen.*, 2016, 10, p. 895 ss.

⁵Nella manualistica, sui delitti contro l'uguaglianza, si veda F. BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in D. PULITANO (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale, I, Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 403 ss.; a livello monografico, sia consentito il rinvio a L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 263 ss.

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.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

L'art. 604-ter c.p. riproduce la c.d. aggravante dell'odio razziale: «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

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

1.1. Le nozioni di razzismo, di discriminazione e di odio

All'interno della disciplina più sopra tratteggiata, un ruolo centrale riveste la nozione di "razzismo", quale elemento normativo extra-giuridico di fattispecie, ossia un elemento la cui definizione avviene attraverso una eterointegrazione da parte di una norma diversa dalla norma incriminatrice.

Poiché tale nozione è una nozione presupposta, occorre definire cosa si intenda per razzismo ai fini penali. Centrali a tal fine sono ritenute le riflessioni di Michel Wieviorka⁶. Secondo lo studioso francese, il razzismo non si giustifica più in base alla disuguaglianza biologica fra le razze, in accordo alla visione positivista ottocentesca, legata al pensiero darwiniano, bensì si legittima in una dimensione simbolica. Come sottolineato efficacemente, «proprio dal presupposto dell'esistenza di categorie di uomini differenti, l'ideologia razzista contemporanea muove, infatti, per introdurre una differenza nella stessa differenza, ipotizzando una sorta di differenziazione "anomala", che consente di rimproverare ai "diversi", non tanto di essere in sé differenti, quanto di esserlo

⁶ Si veda l'opera di M. WIEVIORKA, *Lo spazio del razzismo*, Il Saggiatore, Milano, 1993.

in modo anomalo, sulla base cioè di valutazioni negative fondate sulla morale, l'etica, la "civiltà" del gruppo cui invece appartiene chi si giudica "superiore" (...). Ne consegue che appare corretto inquadrare nel concetto di "razzismo" penalmente rilevante la c.d. visione differenzialista del mondo (...)»⁷.

Ancora più agevole la ricostruzione del concetto di discriminazione razziale in quanto normativamente definito. La Convenzione di New York, all'art. 1, infatti precisa che essa «sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica».

Lo stesso T.U. in materia di immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) prevede, all'art. 43, una definizione di discriminazione, benché valevole ai fini della specifica disciplina: «ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

Così come in giurisprudenza si ritrovano definizioni della discriminazione quale «sentimento di avversione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore, immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità», o ancora quale «pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza»⁸.

Il divieto di discriminazione razziale (etnica, nazionale, religiosa) si iscrive in un quadro normativo, costituzionale ed internazionale, decisamente ampio. Sul terreno del diritto costituzionale interno, il principio di non discriminazione trova pieno riconoscimento negli artt. 2 e 3 Cost., laddove si sanciscono i diritti inviolabili dell'uomo, nonché il principio di uguaglianza, nel proclamare il quale si fa espressa menzione del divieto di distinzioni su base razziale (oltre che religiosa).

Il quadro normativo internazionale è ancora più ricco di specifici riferimenti al divieto di discriminazione razziale e religiosa. Limitandoci ai docu-

⁷ Si tratta della concezione penalmente rilevante di razzismo ampiamente ricostruita dalla giurisprudenza. Tra le altre, si veda la sentenza del Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, in *Dir. immigr. cittad.*, 2005, p. 191 ss., p. 200 ss.

⁸ Tra le molte, si veda Cass., sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590, nonché Cass., sez. V, 28 dicembre 2009, n. 49694.

menti essenziali, non si può innanzitutto non ricordare l'art. 2 della Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, secondo il quale «ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione». Un disposto ripreso e confermato negli artt. 2 e 20 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, ove in particolare si statuisce un obbligo di incriminazione con riferimento a «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale, religioso, che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza» (art. 20, comma 2).

Rileva inoltre l'art. 14 della CEDU. Intitolato *Divieto di discriminazione*, l'articolo prevede che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione «deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

Lo stesso Trattato dell'Unione europea agli artt. 13 e 29 prevede, rispettivamente, la lotta contro le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali, nonché un obbligo di incriminazione e di repressione penale del razzismo e della xenofobia, prevedendo la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

Si aggiunga che la stessa Carta di Nizza del 2000 contiene un divieto di discriminazione per motivi razziali, all'art. 20 nonché 21: il primo sancisce l'uguaglianza davanti alla legge, il secondo specifica il principio di non discriminazione. Esso, infatti, recita: «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali».

Si segnala, infine, come l'Unione europea abbia adottato una decisione quadro (2008/913/JHA) nel 2008 per combattere il razzismo e la xenofobia attraverso il diritto penale, la quale è finalizzata ad armonizzare le varie legislazioni e a creare un comune approccio per contrastare i crimini d'odio nell'area europea. La decisione richiede agli Stati membri di criminalizzare l'incitamento all'odio verso le persone definite con riferimento alla razza, al colore della pelle, alla religione, al linguaggio, o all'origine nazionale o etnica. Richiede inoltre di garantire che la motivazione razziale o xenofobica sia considerata quale circostanza aggravante di cui tenere conto sul terreno della commisurazione della pena.

Analogamente, sempre in sede europea, è stata adottata la direttiva 2012/29/EU, la quale contiene previsioni che riconoscono gli speciali bisogni delle

vittime di crimini d'odio e la tutela che esse devono ricevere. L'art. 22, in particolare, impone agli Stati membri di individuare le misure necessarie per tutelare le persone vittimizzate in ragione delle loro caratteristiche personali, quali l'età, il genere e l'identità o l'espressione di genere, l'etnia, la razza, la religione, l'orientamento sessuale, la salute, la disabilità, la residenza, le difficoltà di comunicazione, la relazione o la dipendenza con l'autore di reato e la precedente esperienza del crimine. Una tutela rafforzata con la recente proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea il 12 luglio 2023 (COM(2023)424), che andrà a modificare la direttiva 2012/29/UE.

Da ultimo, occorre annoverare l'art. 7, comma 1, lett. h) dello Statuto della Corte penale internazionale che prevede, quale crimine contro l'umanità, la persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività identificabile per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, religiosi, sessuali, o per altri motivi universalmente riconosciuti dal diritto internazionale, crimine commesso in connessione con qualsiasi atto richiamato nello stesso comma o con altro crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte.

In definitiva, da tale quadro emerge l'ampiezza e lo spessore costituzionale, anche di rango internazionale, oltre che storico, dell'esigenza di contrastare giuridicamente ogni forma di discriminazione razziale⁹. Un quadro normativo chiaro e solido che indica la necessità della sanzione punitiva per le varie forme di discriminazione razziale, etnica, nazionale oltre che religiosa, secondo il principio di sussidiarietà, se si tiene conto del fatto che non basta la pur indispensabile opera di prevenzione primaria attraverso l'educazione, la sensibilizzazione, lo studio, l'intervento sociale¹⁰. Significativo di questo persistente bisogno di tutela da parte del diritto penale è – oltre alla rilevazione dell'incidenza dell'odio razziale, etnico, nazionale nonché religioso emersa da alcune recenti ricerche condotte sulla diffusione dell'odio nel nostro Paese¹¹ – il fatto che nemmeno la riforma dei reati di opinione, da ultimo, sia intervenuta ad espungere dall'ordinamento tale assetto normativo.

Né concordiamo con chi parla, rispetto a tale disciplina, di fattispecie imperniate su nozioni emozionali: «norme imperniate sui concetti di *discriminazione*, *razzismo* e *odio* possono suscitare, evocando logiche sociali di dominio e prevaricazione, una immediata pre-comprensione, ma rischiano di ridursi a formule di stile, alla luce del lessico emozionale impiegato»¹².

⁹ Così L. GOISIS, *op. cit.*, p. 270 ss.

¹⁰ ID., *op. cit.*, p. 272.

¹¹ Ci riferiamo in particolare alle emblematiche rilevazioni condotte sulla diffusione dell'odio in rete nel nostro Paese operate dall'Osservatorio per i diritti e disponibili al sito www.voxdiritti.it.

¹² G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza*.

Ci pare infatti che, alla luce del quadro sopra delineato, gli strumenti ermeneutici a disposizione del giudice penale, nell'applicare la normativa *de qua*, siano ampi e persino sovrabbondanti: accanto alla nozione di razzismo differenziale, la nozione di discriminazione è delineabile con assoluta chiarezza. Lo stesso concetto di odio razziale – su cui si impernia l'aggravante di cui all'art. 604-ter c.p. – può essere considerato di agevole interpretazione.

Soprattutto è il percorso della giurisprudenza italiana a rendere a nostro avviso, come vedremo, la nozione di odio – razziale, etnico, nazionale, nonché religioso – suscettibile di ermeneusi chiara.

Poiché l'aggravante *de qua* va applicata ad una vasta fascia di reati, tanto che viene considerata un'aggravante “quasi-comune”, si tratterà di valutare caso per caso con particolare attenzione se le condotte contengano effettivamente i segni di una finalità di discriminazione e di odio e se vi sia l'idoneità a rendere percepibile all'esterno il sentimento d'odio. La Corte di Cassazione ha affermato che l'aggravante sussiste allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità. Soprattutto, la Corte di Cassazione sottolinea come non può considerarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell'azione, ma occorre che essa, *per le sue caratteristiche intrinseche e per il contesto nel quale si colloca*, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri il suddetto sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro, o nell'immediato, al *concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione*¹³.

La lettura dell'aggravante alla luce del pericolo concreto rende a nostro avviso possibile una ricostruzione oggettiva della nozione d'odio e dunque agevole – oltre che, lo diremo, costituzionalmente legittima alla luce del principio di legalità – l'esegesi della norma.

1.2. L'oggettività giuridica

Il bene giuridico della pari dignità e dell'eguale rispetto è considerato, per la dottrina maggioritaria, l'oggetto di tutela della disciplina in esame.

za, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1325 ss., p. 1345 per la citazione.

¹³ Si tratta di affermazione contenuta in Cass., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295. Si veda, *infra*, § 4 per la più recente giurisprudenza in materia.

Come è stato sottolineato di recente, rispetto al contesto italiano, «che, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, il bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici in tema di discriminazione sia la dignità dell'uomo, appare ormai sufficientemente chiaro»¹⁴.

Rispetto alla disciplina italiana in esame, la nuova collocazione sistematica, all'interno del codice, tra i *delitti contro l'uguaglianza*, delle fattispecie antidiscriminatorie corrobora la conclusione cui giungeva la dottrina e la giurisprudenza prima dell'avvento della c.d. riserva di codice. Come evidenziato in ordine alla recente riforma codicistica, «al netto delle etichette il legislatore ha quindi consacrato il bene giuridico della *pari dignità*», considerato un *quid pluris* rispetto alla dignità quale bene giuridico che sottende a quasi tutti i delitti naturali¹⁵.

In particolare, si è colta in dottrina una evoluzione del bene giuridico tutelato da tali norme che passa attraverso tre tappe: un iniziale riferimento al bene dell'ordine pubblico ha lasciato successivamente spazio all'affermazione del bene della dignità umana, che oggi è stata consacrata quale bene giuridico tutelato dalla normativa antidiscriminatoria attraverso l'aperto riconoscimento nella nuova categoria dei delitti contro l'uguaglianza¹⁶.

In virtù di tale ultima riforma, l'interprete dovrà tentare di concretizzare il concetto di uguaglianza. In questo senso, uguaglianza e non discriminazione stanno e cadono insieme. Al fondo di questa disciplina vi è l'esigenza di non essere umiliati e di ricevere un trattamento alla stregua di persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui¹⁷.

L'impostazione tradizionale, diversamente, individuava quale oggetto giuridico protetto l'ordine pubblico in senso stretto «inteso quale buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»¹⁸.

Tuttavia, tale bene giuridico può forse essere coinvolto laddove si pensi ai reati associativi previsti dalla disciplina, ma non ove si considerino le fattispecie di propaganda ed istigazione. Più convincente la tesi che muove dal riconoscimento della dimensione *personalistica* del bene protetto. Una tesi, que-

¹⁴ Così 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 alla Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 13.

¹⁵ G. PUGLISI, *cit.*, p. 1330.

¹⁶ *Id.*, *op. cit.*, p. 1331.

¹⁷ In senso analogo si esprime G. PUGLISI, *op. cit.*, p. 1341 che parla di divieto di umiliazione: il che vale a dire che l'ordinamento «può legittimamente vietare quelle condotte che si sostanziano nell'instaurazione di rapporti di subordinazione *de facto*».

¹⁸ Cfr. Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, *cit.*, p. 196.

st'ultima, che porta alla ricostruzione in termini di pericolo concreto delle fattispecie in esame¹⁹.

Non mancano, tuttavia, tesi dottrinali e giurisprudenziali che sostengono la plurioffensività dei reati di cui all'art. 604-*bis* c.p.: «l'art. 604-*bis* non può che essere fattispecie plurioffensiva nel contesto dei delitti *prevalentemente*, ma *non esclusivamente* contro l'uguaglianza»²⁰.

Un discorso a sé merita l'ipotesi del negazionismo²¹. La rilevanza penale del negazionismo è una acquisizione recente. Come abbiamo visto, l'inserimento della fattispecie di negazionismo – nominalmente una circostanza aggravante – nell'impianto antidiscriminatorio della legge Reale-Mancino è avvenuto nel 2016.

Prima di tale novella, si poneva fortemente in discussione l'opportunità del ricorso al diritto penale in questo campo. Soprattutto si poneva in discussione l'individuazione del bene giuridico tutelabile dallo strumento penalistico nella memoria storica poiché ciò avrebbe creato il rischio di ostacolare la ricerca storica²². Inoltre, l'incriminazione del solo diniego, si osservava, confliggerebbe con la libertà d'espressione²³.

Tuttavia, appare a nostro avviso evidente che, a prescindere dal dibattito sull'opportunità dell'intervento penalistico in tale delicata materia, a fronte cioè di una legislazione esistente – segnatamente l'attuale art. 604-*bis*, comma 3, c.p. – non resta che cercare di ricostruire il bene giuridico tutelato dalla norma.

In tale direzione, ci pare colga nel segno quella parte della dottrina che valorizza anche sul terreno dell'*hate speech* negazionista la lesione del bene della dignità umana, intesa, come già evidenziato pocanzi, quale pari dignità ed eguale rispetto, espressione che concretizza il bene dell'uguaglianza individuato dal legislatore²⁴.

¹⁹ Sul dibattuto tema del bene giuridico, si rimanda a L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 275 ss.

²⁰ Così G. PUGLISI, *op. cit.*, p. 1333. In giurisprudenza questa è la tesi espressa da Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, cit., p. 220. Più di recente, in ordine alla condotta di propaganda, la Corte di Cassazione: Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906, in *Cass. pen.*, 2016, 3, p. 1000 ss., con nota di CAPPITELLI.

²¹ Sul tema, si veda per tutti, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1 ss. Per una ricostruzione, parzialmente antitetica, della tematica del negazionismo in rapporto al diritto penale, sia consentito il rinvio a L. GOISIS, *Crimini*, cit., p. 309 ss.

²² Si segnala in particolare il Manifesto degli storici M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, al sito www.sissco.it.

²³ E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., p. 131.

²⁴ Cfr. L. GOISIS, *op. cit.*, p. 279 s. In senso analogo, M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 38 ss.

1.3. Tipicità ed elemento soggettivo

Se volessimo operare una sintesi delle condotte previste nella normativa antidiscriminatoria sopradescritta, tutte ipotesi di reati comuni, potremmo così cristallizzare la tipicità:

1. propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico;
2. istigazione a commettere o commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi;
3. istigazione a commettere o commissione di atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi;
4. partecipazione o assistenza ad organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
5. propaganda ovvero istigazione e incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, fondata in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

A tali condotte tipiche, si aggiungono il compimento di manifestazioni esteriori o l'ostentazione di emblemi o simboli propri delle organizzazioni di cui sopra o l'accesso a luoghi di competizioni agonistiche con tali emblemi, nonché l'istigazione e l'apologia di genocidio (ipotesi oggi di difficile delimitazione rispetto alla fattispecie di negazionismo), nonché la c.d. aggravante dell'odio razziale (oltre al disposto della c.d. legge Scelba).

In particolare, vorrei soffermarmi sulle condotte di “propaganda” ed “istigazione”, le due condotte che hanno suscitato il più ampio dibattito dottrinale²⁵.

Occorre in merito sottolineare che, accogliendo la tesi secondo la quale il bene giuridico tutelato dalla normativa antidiscriminatoria è quello della dignità umana, una tesi, come si diceva, oggi avvalorata dalla collocazione codicistica prescelta dal legislatore nel 2018 (i delitti contro l'uguaglianza –, reputiamo coerente la ricostruzione di queste due ipotesi di reato alla stregua di reati di *pericolo concreto*.

²⁵ Su questo dibattito, si veda L. GOISIS, *op. cit.*, p. 202 ss., nonché p. 281 ss. Quanto alla *propaganda*, essa – come sostenuto dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 87/1966) – non è una semplice divulgazione di idee da poter portare a conoscenza di altri, ma consiste in *un'azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull'altrui comportamento e, pertanto, implica che la diffusione sia idonea a raccogliere consensi intorno all'idea espressa come propria e divulgata*. L'istigazione non si concretizza in un semplice sostegno o in una mera adesione, ma presuppone *un'attività diretta a convincere terzi a porre in essere la condotta violenta o discriminatoria*.

In altre parole, è da ritenersi superata quella tesi giurisprudenziale secondo la quale si tratterebbe, con riferimento alla propaganda e all'istigazione, di reati di pericolo astratto²⁶, poiché siamo invece in presenza di reati, ricostruibili, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, alla stregua di reati di pericolo concreto (implicito).

In particolare, per quanto riguarda la condotta di propaganda, si osserva che, avendo essa un intrinseco intento di spronare o eccitare altri all'imitazione, sarà sufficiente la diffusione delle idee qualificate da una precisa motivazione ideologica. Per quanto riguarda invece l'istigazione, non serve la divulgazione a più destinatari, potendo la condotta indirizzarsi anche ad un solo soggetto; tuttavia, è necessario uno specifico contenuto di 'spinta, stimolo, sprone ad agire'²⁷. Non rileva in tal caso che lo stimolo non venga accolto dai destinatari, in quanto, in deroga all'art. 115 c.p., la legge attribuisce rilevanza penale proprio all'istigazione non accolta, anticipando la soglia della tutela penale per evitare che un fatto di discriminazione avvenga. Come è stato sottolineato, «l'importanza fondamentale del bene giuridico in gioco richiede, infatti, che sia "anticipatamente" punita già la sola condotta istigatoria, senza che si produca anche l'effetto cui essa è rivolta: ma è necessario, per la punibilità, che l'istigazione stessa sia "idonea" ad *influire sul pensiero* altrui e, quindi, a determinare una corrispondente decisione d'agire, ponendo in concreto pericolo il bene protetto»²⁸.

Quello dell'*idoneità ad influire sul pensiero* altrui, ai fini della commissione

²⁶ In giurisprudenza, a favore della ricostruzione come reati di pericolo astratto sia della propaganda che dell'istigazione, si esprime Cass., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, p. 2023 ss., con nota di MONTAGNA. La decisione sottolinea che a nulla rileva che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti, mentre è necessario, perché il reato si perfezioni, che l'espressione discriminatoria sia percepita da un'altra persona, non occorrendo, tuttavia, che il soggetto passivo percepisca l'espressione come un'offesa alla propria dignità. Secondo la giurisprudenza, anche il reato di incitamento alla violenza e ad atti di provocazione previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b) è un reato di pericolo che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari, essendo tuttavia necessario valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto. Cfr. Cass., sez. I, 22 maggio 2015, n. 42727, in *Dir. & Giust.*, 2015, 39, p. 18 ss., con nota di IEVOLELLA: nella specie, la Corte ha avallato l'interpretazione dei giudici di merito, che avevano ritenuto integrato il reato per la pubblicazione – nella bacheca di un profilo *face-book* – della foto di un ministro di colore accompagnata dalla frase «*Mai nessuno che se la stupri, così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato, vergogna*».

²⁷ Si veda sul punto F. BACCO, *Norme*, cit., p. 407.

²⁸ *Ibidem*.

di atti discriminatori, è dunque un profilo essenziale sia sul terreno della condotta di propaganda che sul terreno della condotta di istigazione: a tal fine sarà necessario compiere una valutazione delle concrete modalità di tempo e luogo, dei mezzi usati, dei destinatari e degli autori della propaganda e dell'istigazione.

Rispetto alla istigazione a commettere o alla commissione di atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, si osserva in dottrina che gli atti di provocazione alla violenza costituiscono una mera tautologia nella descrizione della condotta tipica non essendovi differenza fra l'istigazione a commettere violenza e atti di provocazione alla violenza: «entrambe si riferiscono a condotte tese a indurre terzi alla commissione di atti violenti»²⁹.

Quanto all'elemento soggettivo che sorregge tali fattispecie, molto si discute. Secondo affermazione giurisprudenziale costante, i reati sarebbero sorretti da dolo specifico³⁰. In dottrina, si ritiene tuttavia che tale tesi sia il frutto di un travisamento concettuale³¹.

Come ben noto, il dolo specifico comporta un oggetto del dolo più ampio: abbraccia cioè, oltre al fatto descritto dalla norma incriminatrice, anche un risultato ulteriore che l'agente deve perseguire come scopo e la cui realizzazione è irrilevante perché possa dirsi consumato il reato. Non è questa, tuttavia, la struttura dell'elemento soggettivo in tali ipotesi delittuose: infatti l'espressione «per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» ha un significato causale e non finalistico e pertanto non è richiesto alcun fine ulteriore cui debba tendere l'autore della propaganda e dell'istigazione.

Nella stessa direzione sembra porsi la giurisprudenza più recente, quantomeno con riferimento alla propaganda e alla istigazione, riaffermando il dolo specifico solo per l'ipotesi di istigazione di cui al comma 1, lett. b), la commissione di atti di discriminazione, di violenza o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi³².

²⁹ *Ivi*, p. 408 s.

³⁰ Cfr. tra le altre Cass., sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7241, in *Cass. pen.*, 2004, p. 657 ss.

³¹ Cfr. sul dibattito dottrinale L. GOISIS, *op. cit.*, p. 285 s.

³² La propaganda e l'istigazione alla commissione di atti discriminatori di cui al comma 1, lett. a) sarebbero reati a dolo generico (Cass., sez. III, n. 36906/2015, citata; Cass., sez. III, n. 37581/2008, citata). L'istigazione di cui al comma 1, lett. b), la commissione di atti di discriminazione, di violenza o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi sarebbero reati a dolo specifico. Cfr. Cass., sez. I, n. 42727/2015, citata; Cass., sez. III, n. 37581/2008, citata, ove si sottolinea: «in tema di atti di discriminazione razziale od etnica, mentre le condotte consistenti nel propagandare idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero nell'istigare a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi configurano ipotesi di reato a dolo

Veniamo alla diversa condotta di partecipazione o assistenza ad organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Rispetto a questa ipotesi delittuosa, che, come si diceva, è l'unica nella quale, all'interno della disciplina in esame, si può rintracciare un residuo operare del bene dell'ordine pubblico, la questione centrale che si solleva è che essa possa porsi in violazione dei principi di materialità e offensività poiché la norma non richiederebbe una struttura od organizzazione.

In merito è intervenuta di recente la giurisprudenza a chiarire che «in tema di discriminazione razziale, non viola i principi di materialità e di offensività l'art. 3, comma 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654, nella parte in cui attribuisce rilevanza penale ad «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», così escludendo che sia necessaria, per la configurabilità del reato, l'esistenza di una struttura e organizzazione anche materiale, come invece è richiesto per il delitto di associazione per delinquere»³³.

Del resto, sul punto si era già pronunciata la giurisprudenza di merito, laddove aveva evidenziato che con tale norma «il legislatore ha voluto chiarire (...) che ogni forma e specie di organizzazione collettiva, comunque denominata secondo le indicazioni della sociologia e del linguaggio più recenti e purché caratterizzata appunto da un minimo di struttura che ne assicuri la stabilità, è vietata quando persegue gli scopi previsti dall'art. 3»³⁴.

2. Censure di incostituzionalità. Il bilanciamento con la libertà d'espressione. Brevi cenni

Numerose sono le censure di incostituzionalità avanzate con riferimento alla disciplina sopra esaminata. Il contrasto è stato individuato innanzitutto con l'art. 21 Cost. ed altresì con gli artt. 2, 3, 25, comma 2, Cost.

Quanto al primo profilo di incostituzionalità e segnatamente al contrasto

generico, le condotte consistenti nel commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o nel commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per i medesimi motivi configurano, invece, reati a dolo specifico, in quanto in tali ultime ipotesi il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati».

³³ Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. pen.*, 2016, 10, p. 895 ss.

³⁴ Così Corte App. Venezia, sez. IV, 31 marzo 2005.

con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, ci limitiamo a ricordare come il diritto alla libera manifestazione del pensiero non sia un diritto assoluto, al pari di quello di cui all'art. 10 della CEDU, bensì un diritto soggetto ad un bilanciamento con controinteressi di pari rilevanza costituzionale, tanto che il suo esercizio andrà ristretto laddove ciò costituisca una misura necessaria alla protezione di diritti altrui.

Come si osservava, la *ratio* delle norme incriminatrici sarebbe da rinvenire nell'art. 3 Cost., che nel prescrivere la pari dignità sociale dei cittadini davanti alla legge individuerebbe un «principio giuridico di non-discriminazione». Sarebbe dunque la dignità dell'individuo, desunta dall'art. 3 Cost., a costituire il bene giuridico tutelato, in quanto tale legittimante la compressione della libertà di manifestazione del pensiero³⁵.

Sul punto si è di recente pronunciata la stessa giurisprudenza laddove ha chiaramente sancito che «le norme incriminatrici di cui all'art. 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654 manifestamente non si pongono in contrasto con i diritti di libertà previsti dall'art. 21 Cost., dall'art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, atteso che tali diritti non sono oggetto di una tutela incondizionata ed illimitata ma incontrano dei limiti costituiti essenzialmente dal rispetto di altri diritti fondamentali, parimenti oggetto di tutela, quali, in particolare, quello alla pari dignità e protezione sociale, suscettibile di essere leso da chi giustifichi e promuova l'odio, la xenofobia, l'intolleranza razziale o religiosa ovvero giustifichi ed esalti la violenza in funzione di discriminazione razziale o religiosa; condotte, queste, che costituiscono anche oggetto di un obbligo internazionale di incriminazione, derivante dalla Convenzione internazionale contro la discriminazione adottata dall'assemblea generale delle Nazioni unite il 21 dicembre 1965»³⁶. In senso analogo, si esprimeva tuttavia già la giurisprudenza precedente, laddove evidenziava che «è manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654 (modificato dal d.l. 24 aprile 1993, n. 122, conv. con modifiche in legge 25 giugno 1993, n. 205 nonché dall'art. 13, legge 24 febbraio 2006, n. 85) laddove vieta la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale,

³⁵ Ciò sulla base del ragionamento condotto in giurisprudenza, per esempio nel noto caso Tosi, nei tre gradi di giudizio. La sentenza Tosi è considerata la sentenza nella quale si è rintracciata la «chiave costituzionale» per conciliare il reato di *hate speech* con la libera manifestazione del pensiero, ricorrendo alla tecnica del bilanciamento di valori costituzionali meritevoli di uno stesso livello di tutela. In quest'ottica l'art. 21 Cost. cederebbe il passo agli artt. 2 e 3 Cost., ovvero sarebbe recessivo di fronte alla necessità di tutelare la dignità umana e sociale che certe manifestazioni di opinioni lederebbero. Sul punto, si rinvia a L. GOISIS, *op. cit.*, p. 287.

³⁶ Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. pen.*, 2016, 10, p. 895 ss.

per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., in quanto la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista»³⁷.

Inoltre, la ricostruzione in termini di reati di pericolo concreto, da noi accolta, consente agevolmente di superare tale apparente contrasto, come già evidenziato. La trasmutazione della condotta di *diffusione in propaganda* e di *incitamento in istigazione*, dopo la riforma dei reati di opinione, ha sancito la legittimità costituzionale dell'intero impianto antidiscriminatorio: è indubbio, lo dicevamo, che la propaganda e l'istigazione siano condotte concretamente pericolose per il bene della pari dignità e della non discriminazione, oggi potremmo dire, con il legislatore della riserva di codice, dell'uguaglianza. Può dunque dirsi superato anche il profilo di asserito contrasto di tali reati con il principio di offensività. Si potrebbe anche pensare ad una ricostruzione di tali fattispecie alla stregua dei delitti contro l'onore (tenendo conto dei requisiti della verità, pertinenza e continenza)³⁸.

La doglianza circa la violazione degli artt. 2 e 3 Cost. è considerata altresì infondata, in quanto si ritiene che la norma incrimini proprio fatti che determinano essi stessi una offesa alla pari dignità sociale, ai diritti inviolabili e in ultima analisi al principio di uguaglianza.

Lo stesso principio di legalità, nella forma della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., come già dichiarato, non è a nostro avviso violato dalla disciplina *de qua*, posto che, alla luce del quadro normativo costituzionale e internazionale, ampiamente ricostruito nelle pagine precedenti, sia il concetto di razzismo (differenziale), sia il concetto di discriminazione, nonché di odio razziale, e altresì i concetti di propaganda ed istigazione sono suscettibili di interpretazione ed ermeneusi chiara ed univoca. Depone in tal senso la stessa posizione della giurisprudenza più recente che ha affermato che «ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 3, comma 1, lett. a), prima parte, legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modifiche, la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni, l'"odio razziale o etnico" è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma

³⁷In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che la libertà costituzionalmente garantita dall'art. 21 non ha valore assoluto ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, quali quelli fissati dall'art. 3 e dall'art. 117, comma 1, Cost. Cfr. Cass., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, p. 2023 ss., con nota di MONTAGNA.

³⁸Talvolta la giurisprudenza lo fa: si veda Cass., sez. 23 giugno 2015, n. 36096, in *Cass. pen.*, 2016, 3, p. 1000 ss., con nota di CAPPITELLI.

solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e la “discriminazione per motivi razziali” è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non – invece – sui suoi comportamenti; l’interpretazione di tali elementi normativi deve essere compiuta dal giudice tenendo conto del contesto in cui si colloca la singola condotta, in modo da assicurare il contemperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione con quello di libertà di espressione, e da valorizzare perciò l’esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto»³⁹.

In definitiva, appurata la legittimità costituzionale della disciplina e ricordando che, a seguito delle citate modifiche introdotte dalla legge n. 85/2006, la dottrina ritiene *a fortiori* compatibile con la Costituzione l’impianto antidiscriminatorio della legge Reale-Mancino, reputiamo che questa dovrebbe essere la strada da preferire per estendere l’incriminazione anche ai crimini d’odio omofobico e di genere. Da questo punto di vista, si pone, sì, a nostro avviso, un profilo di possibile incostituzionalità della disciplina *de qua*: la tutela che la Costituzione garantisce al genere e all’orientamento sessuale induce a ritenere sospetta costituzionalmente la mancata menzione tra i delitti contro l’uguaglianza delle due categorie⁴⁰.

3. L’*hate speech*

Una disamina particolare merita il tema dell’*hate speech*, o dei discorsi d’odio, in rapporto di specie a genere con gli *hate crimes*. L’*hate speech*, in particolare, il cui inquadramento è tuttavia assai incerto, può essere definito, come anticipato nell’*incipit*, secondo le indicazioni del Consiglio d’Europa, come «qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di odio basate sull’intolleranza»⁴¹. E, secondo la più recente Raccomandazione CM/Rec 2022 16 (1) (art.

³⁹ Nella specie, la Corte ha ritenuto estranea alla previsione incriminatrice l’attività di diffusione, nel corso di una competizione elettorale, di un volantino che recava la scritta “*Basta usurari-Basta stranieri*” e raffigurava soggetti appartenenti a plurime etnie, razze e nazionalità nel compimento di attività delittuose o contrarie agli interessi economici italiani. Cfr. Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906, in *Cass. pen.*, 2016, 3, p. 1000 ss.

⁴⁰ Per un approfondimento su tale profilo di incostituzionalità, si veda L. GOISIS, *Crimini*, cit., *passim*. Il discorso vale anche per l’identità di genere e la disabilità.

⁴¹ Così nella Raccomandazione n. (97) 20 del Consiglio d’Europa. Cfr. A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3. Come sottolinea l’A., non esiste una definizione univoca di *hate speech*, essendo accolte differenti concezioni nei diversi Paesi membri del Consiglio d’Europa. Si esprime in tal senso, sottolineando che vietare espres-

1, comma 2), il discorso d'odio va inteso come «qualsiasi forma di espressione mirante a stimolare, promuovere, diffondere o giustificare la violenza, l'odio o la discriminazione nei confronti di una persona o un gruppo di persone, o a denigrare una persona o un gruppo di persone per motivi legati alle loro caratteristiche o situazioni personali, reali o presunte, quali la “razza”, il colore della pelle, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale»⁴².

La dottrina, come emerge dai contributi più recenti in materia, si interroga segnatamente sull'opportunità dell'utilizzo dello strumento penale nel contrasto di tali fenomeni, capaci, secondo la ricerca criminologica, di creare un clima favorevole alla *hate violence*⁴³. Il ricorso al diritto penale per la tutela delle vittime spesso rischia infatti di generare un conflitto con diritti fondamentali quali, nel caso emblematico dell'*hate speech*, la libertà d'espressione, come dicevamo. Sotto il profilo specificamente penalistico, poi, problemi si pongono quanto al rispetto del principio di offensività, laddove tali incriminazioni comportano il rischio di creazione di nuovi reati d'opinione. Il nodo è a tal punto problematico che non mancano voci dissonanti in letteratura: a fronte di chi suggerisce un approccio che faccia appello, sebbene a certe condizioni, alla legge penale, non mancano studiosi che, in ragione delle peculiarità dei discorsi ispirati dall'odio, negano l'opportunità di apprestare una tutela penale, altri ancora invocano il ricorso a strumenti ispirati ad una giustizia riparativa⁴⁴.

Allorché si imbocchi la via della criminalizzazione, problemi ulteriori si pongono quanto alla formulazione delle fattispecie: molto spesso tali incriminazioni (si pensi appunto, nel contesto italiano, al disposto della c.d. legge Mancino-Reale, oggi parzialmente confluito, ai sensi del d.lgs. n. 21/2018, attuativo della c.d. riserva di codice, nel codice penale) si dimostrano in tensione con il principio di precisione o di sufficiente determinatezza della fattispecie penale. Inoltre, trattandosi di reati che si distinguono in ragione del motivo

sioni d'odio significa vietare espressioni di intolleranza estrema e di estrema avversione, anche R.C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, UNAR, Roma, 2011, p. 97. Significativo è l'indirizzo espresso nella sopra citata Raccomandazione circa la necessità che anche la stampa, i *mass media* e gli uomini politici si astengano dal pronunciare dichiarazioni che possano essere intese come discorsi d'odio, correndo al contrario l'obbligo in capo a loro di condannare tali espressioni. I giudici penali dovranno invece rispettare il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta.

⁴² CONSIGLIO D'EUROPA, *Lotta contro il discorso d'odio*, cit., p. 7 ss.

⁴³ La ricerca criminologica sottolinea la pericolosità e la dannosità anche di tali particolari fenomenologie delittuose, evidenziando altresì come si tratti di reati che creano il terreno culturale che incoraggia e legittima crimini d'odio violenti.

⁴⁴ Cfr. per un'ampia tematizzazione sul punto L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., p. 202 ss.

d'odio che li anima, essi pongono problemi anche sotto il profilo dell'accertamento.

In un documento emesso dall'*European Union Agency for Fundamental Rights*⁴⁵ viene affrontato esplicitamente il tema dell'utilizzo del diritto penale per combattere l'*hate speech*, ossia l'incitamento all'odio e alla discriminazione, quale crimine prodromico rispetto agli *hate crimes*. Pronunciandosi esplicitamente sui discorsi d'odio omofobico – ma il ragionamento risulta valido per ogni forma di *hate speech*, sia esso razziale, xenofobo, religioso o di genere – il documento chiarisce come vi sia consenso unanime in seno al Consiglio d'Europa sulla necessità di garantire la promozione di una cultura della tolleranza e del rispetto e di porre in essere tutti gli sforzi per combattere l'*hate speech*, da intendersi secondo la definizione già ricordata offerta dapprima dalla Raccomandazione n. (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ed oggi dalla Raccomandazione CM/Rec 2022 16 (1).

Si chiarisce come l'*hate speech* non trovi alcuna tutela nell'art. 10 della CEDU, che sancisce sì il diritto alla libertà d'espressione, ma un diritto che comporta, come sottolineano i giudici di Strasburgo, in un noto caso giudiziario, *Vejdeland et al. v. Svezia*, del 2012, “doveri e responsabilità” (ciò anche nel settore della stampa, dell'informazione mediatica e della rete)⁴⁶.

A conclusioni analoghe giunge altresì il più corposo lavoro condotto in tema di *hate speech* in sede europea⁴⁷. Non è un caso, infatti, che l'opera, commissionata dal Consiglio d'Europa, si apra nuovamente con tali parole della Corte di Strasburgo: «(...) la tolleranza e il rispetto per l'eguale dignità di tutti gli esseri umani costituisce il fondamento di una società democratica e pluralista. Così essendo, in via di principio può essere considerato necessario in certe società democratiche punire e perfino prevenire tutte le forme di espressione che diffondano, incitino, promuovano o giustifichino odio basato sull'intolleranza (compresa quella religiosa), a condizione che (...) le pene inflitte siano proporzionate al legittimo fine perseguito»⁴⁸.

Il manuale sui discorsi d'odio accoglie innanzitutto il concetto di *hate speech* già più volte ricordato e fatto proprio dalla Raccomandazione n. (97) 20

⁴⁵ Si veda FRA, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 36 ss.

⁴⁶ *Vejdeland et alii v. Svezia*, 9 febbraio 2012, n. 1813/07, ove si conclude, significativamente, anche alla luce delle legislazioni che hanno imboccato tale strada, nel senso che «definire l'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione contro le persone LGBT come un reato può coesistere con il rispetto della libertà d'espressione».

⁴⁷ A. WEBER, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 1 ss.

⁴⁸ Nel caso della Corte Edu del 2003, *Gündüz v. Turkey*, n. 35071/97, par. 40, nonché nel caso della Corte Edu del 2006, *Erbakan v. Turkey*, n. 59405/00, par. 56.