

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

SARA PRANDI

Il diritto penale antidiscriminatorio “esplicito”:  
i delitti contro l’eguaglianza

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*

*4 ottobre 2024*

## **Il diritto penale antidiscriminatorio “esplicito”: i delitti contro l’eguaglianza**

### **Sommario**

1. Premessa: il diritto penale antidiscriminatorio nel sistema nazionale, tra modifiche legislative e ruolo della giurisprudenza. – 2. L’evoluzione normativa: dalla legge Reale alla disciplina codicistica dei delitti contro l’eguaglianza. – 2.1. Il bene giuridico tutelato tra dimensione pubblicistica e personalistica dell’offesa. – 3. Il paradigma esecutivo: commissione di atti di discriminazione, di violenza e di provocazione alla violenza. – 3.1. L’elemento oggettivo del reato: gli atti di violenza e di provocazione alla violenza. – 3.2. (Segue) Il compimento di atti discriminatori: tra *deficit* di determinatezza della fattispecie e richiami alla disciplina extrapenale. – 3.2.1. Il concetto penalmente rilevante di atto discriminatorio in giurisprudenza: la scarsa incidenza statistica dell’imputazione. – 3.3. L’elemento soggettivo del reato. – 4. L’incriminazione dell’*hate speech* nell’interpretazione costituzionalmente conforme offerta dalla giurisprudenza: la logica del pericolo concreto. – 4.1. Il paradigma istigatorio. – 4.2. (Segue) La propaganda di idee razziste. – 4.2.1. Le precisazioni della giurisprudenza: la distinzione tra discriminazione sulla qualità e discriminazione sul comportamento. – 4.3. La rilevanza del contesto: il rapporto tra *hate speech* e dibattito politico. – 4.4. (Segue) Propaganda a mezzo internet: peculiarità del fenomeno discriminatorio *online*. – 5. Il paradigma associativo. – 6. L’aggravante *ex art. 604-ter c.p.* – 6.1. (Segue) L’aggravante negazionista. – 7. Rilievi conclusivi: limiti e prospettive del diritto antidiscriminatorio penale.

### **Abstract**

Il contributo è dedicato all’approfondimento del sistema dei delitti contro l’eguaglianza, oggi previsti agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. a tutela delle vittime di discriminazione etnico-razziale, nazionale o religiosa. L’analisi del micro-cosmo di diritto penale antidiscriminatorio, condotta a partire dall’evoluzione normativa delle fattispecie che lo compongono, consente di evidenziare le persistenti ambiguità del dato normativo e le complessive criticità che circondano la materia: considerazioni legate alla scarsa determinatezza del tipo si affiancano ad una oggettività di tutela che ancora stenta a definirsi con nettezza, dinnanzi a reati che finiscono spesso per interferire con l’esercizio di diritti fondamentali della persona. La panoramica offerta, corredata dall’analisi delle principali questioni emerse nella prassi applicativa, consente di sviluppare alcune riflessioni critiche, legate alla necessità di interpretare le disposizioni in esame nel pieno rispetto di tutti i canoni costituzionali: solo così sembra possibile tributare al diritto penale lo spazio che merita nella lotta alle discriminazioni, consentendo una tutela che sia, ad un tempo, efficace e rispettosa dei principi fondamentali che regolano la materia.

---

\* Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università di Genova. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

*The essay focuses on the Italian system of crimes against racial, ethnic, national and religious discrimination, regulated by Articles 604-bis and 604-ter of the criminal code. Moving from the normative evolution they have undergone over the years, the analysis of anti-discriminatory crimes allows to point out some of the ambiguities and the shortcomings behind the current legal framework. Besides the lack of precision in some of these criminal offences, the main issues stem from the vagueness of the objective ground for punishment, especially for crimes that interfere with fundamental rights of the human being. The overview of those legal provisions, along with the analysis of the main practical issues, inspires some critical thoughts, showing the need for a judicial interpretation that aligns all the constitutional values: this appears to be the only way criminal law can claim its deserved space in the fight against discrimination, ensuring protection that is both effective and compliant with fundamental principles.*

## 1. Premessa: il diritto penale antidiscriminatorio nel sistema nazionale, tra modifiche legislative e ruolo della giurisprudenza

Nell'ambito della tutela contro le discriminazioni offerta sul versante nazionale, un ruolo significativo – ma da sempre controverso – è svolto dal diritto penale attraverso i c.d. delitti contro l'eguaglianza. La disciplina odierna, prevista agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., è il frutto di plurime rivisitazioni e riforme: a partire dagli anni '70, quando la prima normativa antidiscriminatoria penale è stata introdotta nell'ordinamento italiano in ottemperanza a puntuali obblighi sovranazionali, si sono susseguiti nel tempo diversi interventi legislativi, in parte volti ad ampliare il perimetro della rilevanza penale del fenomeno discriminatorio, in parte a restringerlo.

Nonostante gli sforzi del legislatore, il dibattito attorno al diritto penale antidiscriminatorio non è mai cessato, a riprova della delicatezza del tema di cui si tratta e della necessità di calibrare attentamente l'intervento punitivo, nel rispetto dei principi fondamentali che reggono il sistema penale. Parte della dottrina, invero, risulta tutt'ora scettica a proposito della legittimità costituzionale della disciplina dei reati contro l'eguaglianza e della stessa opportunità di schierare in campo la sanzione penale per combattere fenomeni di discriminazione e intolleranza<sup>1</sup>.

D'altro canto, non manca chi, sulla scorta delle indicazioni sovranazionali nonché di un'attenta considerazione dei nuovi bisogni della società multiculturale, si è da sempre schierato a favore della risposta penale dinnanzi alle violazioni più manifeste della dignità umana, bene tutelato dalle fattispecie di cui si discute. In quest'ottica, anzi, proprio la centralità del bene giuridico sotteso all'incriminazione parrebbe suggerire, secondo alcuni<sup>2</sup>, l'urgenza di un intervento modificativo del perimetro applicativo di tali norme, volto ad estendere la tutela contro le discriminazioni a fattori diversi da quelli oggi contemplati dalla legge, quali il sesso, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità

<sup>1</sup> L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, pp. 14 ss. Sottolineava come le obiezioni sollevate rispetto al ddl Zan fossero da riportare, più ampiamente, alla prospettiva di taluni dei reati contro l'eguaglianza, anche R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 12 luglio 2021.

<sup>2</sup> L. Goisis, *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homophobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 78 ss.; Ead., *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 9 ss.

di genere o la disabilità. I vari tentativi di ampliamento dell'area del penalmente rilevante<sup>3</sup>, però, sono finora sempre falliti: da ultimo, dopo aver polarizzato l'attenzione mediatica e politica per mesi e aver riaperto i contrasti su un tema da sempre dibattuto, anche il ddl Zan<sup>4</sup> è stato affossato nell'autunno del 2021.

Oltre a considerazioni di stampo marcatamente politico, a determinare l'esito del progetto ha contribuito anche il riproporsi di problemi da sempre all'attenzione degli operatori del diritto nella materia di cui si tratta. In un settore in cui appaiono particolarmente significativi i contrasti e le perplessità, sono ancora molti i limiti della normativa in commento: da una parte, il dato positivo sconta difetti di chiarezza e di precisione; dall'altra, il bene tutelato appare a molti eccessivamente vago e impalpabile, specie nel confronto con le altre libertà costituzionali che possono venire in rilievo nei casi considerati dalle fattispecie *ex artt. 604-bis* e *604-ter* c.p.

In un simile contesto, potrebbe essere l'opera della giurisprudenza ad offrire all'interprete una *chance* in più di orientarsi entro un orizzonte nitido; nondimeno, come si avrà modo di approfondire, neppure l'ermeneusi giurisprudenziale è stata finora in grado di risolvere del tutto le problematiche che emergono dall'analisi del dato positivo e restituire così l'immagine di una normativa chiara, comprensibile e coerente nel suo complesso. Tra contrasti mai sopiti e fughe in avanti della giurisprudenza, il diritto vivente non sembra offrire, oggi, risposte esaustive e condivise.

Consci della complessità delle questioni sul campo, la presente analisi si propone di tracciare un quadro quanto più completo possibile delle figure criminose attualmente previste nell'ambito della lotta contro le discriminazioni, analizzando il diritto positivo alla luce della giurisprudenza, senza trascurare le critiche della dottrina: si intende così fornire, all'interrogativo relativo al volto attuale del diritto penale antidiscriminatorio, una risposta che ne metta in risalto difetti e potenzialità, e che sappia offrire all'operatore del diritto una migliore comprensione degli artt. *604-bis* e *604-ter* c.p. e delle criticità ad essi sottese.

## 2. L'evoluzione normativa: dalla legge Reale alla disciplina codicistica dei delitti contro l'eguaglianza

La prima normativa penale antidiscriminatoria dotata di una certa organicità<sup>5</sup> è stata introdotta, a livello nazionale, con la L. 13 ottobre 1975, n. 654 (c.d. legge Reale), emanata in ottemperanza agli obblighi di incriminazione derivanti dall'adesione dell'Italia alla Convenzione sull'eliminazione di ogni

<sup>3</sup> Si ricordano, in particolare, le Proposte A.C. 1658-1882-A (Concia-Di Pietro), A.C. 2802 (Soro e altri), A.C. 2807 (Di Pietro ed altri), A.C. 4631 (Concia e altri) e, infine, il Testo unificato C. 245-280-1071-A (c.d. ddl Scalfarotto).

<sup>4</sup> Ddl n. 2005 del 4 novembre 2020, "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità": in dottrina, M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in M. Pelissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, pp. 245 ss.; L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2020, pp. 1521 ss.; D. Pulitanò, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, 7-8, pp. 1 ss.; L. D'Amico, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Legislazione penale*, 29 giugno 2021, pp. 1 ss.

<sup>5</sup> Prima della L. 654/1975, le uniche disposizioni nazionali che stigmatizzavano in sede penale la discriminazione razziale si rinvenivano nella legge Scelba (L. n. 645/1952), nella parte in cui sanziona - seppure indirettamente - la propaganda razzista, indicata all'art. 1 quale modalità di perseguimento delle finalità antidemocratiche del disciolto partito fascista (G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Archivio penale*, 2014, p. 3).

forma di discriminazione razziale (c.d. Convenzione di New York), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965. Oltre a fornire una definizione formale di discriminazione, la Convenzione imponeva agli Stati aderenti la criminalizzazione di una serie eterogenea di condotte, trasfuse in Italia nell'art. 3 della L. 654/1975, e riconducibili in senso lato a tre modelli: accanto alle fattispecie di commissione di atti violenti o di provocazione alla violenza, espressione del paradigma esecutivo, si collocavano figure di carattere istigatorio-enunciativo, quali l'incitamento alla violenza e alla discriminazione e la diffusione di idee razziste, nonché ipotesi di tipo associativo, nascenti dal divieto di formare organizzazioni con fini di discriminazione e dalla conseguente criminalizzazione delle condotte di direzione, organizzazione, oltre che di mera partecipazione ed assistenza a tali gruppi<sup>6</sup>.

Nell'evidente diversità che connotava – e tutt'ora connota – le singole figure di diritto penale antidiscriminatorio, il tratto unificante di tali ipotesi delittuose è da sempre ravvisabile nella natura discriminatoria della condotta, fondata su un sentimento di intolleranza ed ostilità legato all'appartenenza della vittima a un particolare gruppo sociale. Si tratta, invero, di crimini il cui disvalore appare polarizzato sul motivo di pregiudizio che supporta l'azione, un pregiudizio di inferiorità che l'agente nutre verso il destinatario dell'offesa, ma anche verso tutti gli appartenenti alla categoria di cui questi fa parte: per questo, vengono anche definiti come c.d. *bias crimes*, letteralmente crimini di pregiudizio<sup>7</sup>.

All'epoca dell'approvazione della legge Reale, il solo fattore preso in considerazione e tutelato dalla normativa penale era quello legato all'origine etnico-razziale della vittima, cui si affiancava – ma unicamente nella fattispecie di incitamento alla discriminazione o alla violenza e di commissione di atti violenti o di provocazione alla violenza, ex art. 3, comma 1, lett b) – l'appartenenza a un certo gruppo nazionale. Fu solo con la legge Mancino<sup>8</sup>, di quasi vent'anni successiva, che il perimetro della protezione venne allargato a favore del fattore nazionale e di quello religioso: fatta eccezione per la diffusione di idee, che rimase legata esclusivamente all'origine etnico-razziale della vittima, le altre fattispecie vennero infatti rivisitate al fine di farvi rientrare anche le discriminazioni di stampo xenofobo e religioso.

Accanto all'estensione dei motivi di discriminazione, la legge Mancino ampliò anche il perimetro di rilevanza penale introducendo *ex novo* la figura della commissione di atti di discriminazione, che da quel momento non rilevarono più – come in precedenza – quale mero oggetto della condotta di incitamento, ma assunsero un significato penalistico capace di incidere nel profondo anche sulla valutazione del bene giuridico tutelato dalle fattispecie in esame. D'altro canto, la riforma intervenne anche sul reato associativo, affiancando ai termini "organizzazioni e associazioni", utilizzati dal legislatore del '75, anche le nozioni di "movimenti e gruppi", ed estendendo – almeno in apparenza – il perimetro di operatività della fattispecie suddetta. Sempre alla legge Mancino si deve, infine, l'introduzione di due nuove circostanze aggravanti, rispettivamente destinate a sanzionare più severamente i fatti realizzati per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, e quelli compiuti al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i loro scopi tali finalità.

Il sistema di diritto penale antidiscriminatorio è stato ulteriormente ritoccato in occasione della ri-

6 La classificazione in vari paradigmi o modelli (istigatorio, enunciativo ed esecutivo) si deve a A. Spina, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pp. 591 ss.

7 L. D'Amico, *Omofobia e legislazione*, cit., p. 4.

8 D.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. L. 25 giugno 1993, n. 205, con commento di G. De Francesco, S. Del Corso, E. Marzaduri, S. Nosengo, A. Martini, *Commento al d.l. 26.4.1993, conv. Come modif. Dalla l. 25.6.1993, n. 205*, in *Legislazione penale*, 1994, pp. 174 ss.

forma del 2006 in materia di reati di opinione<sup>9</sup>: del tutto coerentemente con la *ratio* della L. 24 febbraio 2006, n. 85, l'intervento ha interessato le ipotesi delittuose di *hate speech* – e quindi le figure di incitamento e diffusione di idee discriminatorie – da sempre in tensione con il canone costituzionale di libera manifestazione del pensiero, ex art. 21 Cost. Con la novella del 2006, in particolare, il termine "incitamento" è stato sostituito con la nozione di "istigazione", mentre la "propaganda" ha preso il posto della precedente locuzione di "diffusione in qualsiasi modo di idee": modifiche terminologiche, queste, pensate per rendere conformi a Costituzione le figure rientranti nello schema istigatorio-enunciativo, ma che, nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, non segnarono necessariamente uno stravolgimento dell'incriminazione rispetto al passato.

Successivamente, il legislatore penale è intervenuto ancora in materia: in ottemperanza dell'obbligo di incriminazione fissato dalla Decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale<sup>10</sup>, è stata introdotta nell'ordinamento l'aggravante c.d. negazionista<sup>11</sup>. La L. 16 giugno 2016, n. 115, in particolare, ha sancito la previsione di un nuovo comma 3-*bis*, che, inserito all'art. 3 della L. 654/75 e oggi trasposto al comma 3 dell'art. 604-*bis* c.p., sancisce l'aggravamento sanzionatorio dei fatti di propaganda, istigazione o incitamento fondati "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", in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione.

Da ultimo, in attuazione del principio di riserva di codice, il D.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 ha trasferito le fattispecie di cui alla legge Reale-Mancino nei nuovi artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., collocati in una sezione apposita rubricata "dei Delitti contro l'eguaglianza" (Sezione I-*bis*, Capo II, Titolo XII del codice): la modifica, meramente topografica, ha lasciato inalterati, nella sostanza, i reati e le circostanze aggravanti già previsti dalla disciplina extra-codicistica ed oggetto della presente analisi.

- <sup>9</sup> L. 24 febbraio 2006, n. 85. In dottrina, A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 135 ss.; D. Pulitanò, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 745 ss.; M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate ed incoerenze sistematiche, I*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 8, pp. 960 ss.; Id., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche, II*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 10, pp. 1197 ss.; C. Visconti, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro italiano*, 2006, V, c. 217.
- <sup>10</sup> P. Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *ius17@unibo.it*, 2011, 3, pp. 109 ss.; C. Mancuso, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Diritto penale e processo*, 2009, pp. 645 ss.; T.M. Moschetta, *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, in G. Caggiano (a cura di), *Percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione interna internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, pp. 781 ss.
- <sup>11</sup> Sull'incriminazione del negazionismo, si rinvia, tra i tanti, ai lavori di E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; A. Merli, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; C.D. Leotta, *Profili penali del negazionismo: riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno*, Padova, 2016; D. Petrini, *I giuristi e il reato di negazionismo*, in *Contemporanea*, 2009, 1, pp. 112 ss.

## 2.1. Il bene giuridico tutelato tra dimensione pubblicistica e personalistica dell'offesa

Prima di addentrarsi nell'analisi delle singole ipotesi di reato e delle circostanze aggravanti che compongono il quadro del diritto penale antidiscriminatorio interno, appare doverosa una premessa relativa all'oggetto della tutela delle fattispecie in esame: si tratta, del resto, del fondamento stesso dell'incriminazione che, in ossequio al principio di necessaria offensività del fatto, deve rappresentare la reazione dell'ordinamento alla lesione di un bene giuridico meritevole di tutela e sufficientemente determinato.

L'individuazione dell'interesse tutelato dalle fattispecie oggi ricomprese tra i delitti contro l'eguaglianza, a ben vedere, ha posto gli interpreti dinnanzi a una sfida impegnativa, venendo a mutare significativamente nel tempo: se, in un primo momento, giurisprudenza e dottrina interpretavano tali ipotesi in senso pubblicistico, intendendo la tutela diretta a salvaguardia dell'ordine pubblico da fenomeni capaci di diffondere un clima ostile e pericolose spaccature a livello sociale, non tardò molto ad affermarsi una lettura diversa, maggiormente improntata sulla protezione della persona e della sua dignità di essere umano<sup>12</sup>.

La rimodulazione in senso personalistico dell'offesa fu suggerita, a livello normativo, dalla sopravvenuta criminalizzazione del compimento di singoli atti di discriminazione, ad opera della legge Mancino: lungi dal rappresentare una modifica marginale, l'intervento riformatore parve agli interpreti significativo anche sotto il profilo dell'individuazione del bene giuridico tutelato, contribuendo al tramonto della concezione pubblicistica dell'offesa e all'affermazione di una visione personalistica, incentrata sul valore della dignità umana dei singoli individui vittima di discriminazione<sup>13</sup>. All'indomani della riforma, perciò, si ritenne che il paradigma criminale non potesse più dirsi fondato sul pericolo di diffusione su vasta scala di pratiche discriminatorie, quanto sulla repressione delle singole condotte in cui il fenomeno si può concretamente manifestare<sup>14</sup>. Anche sulla scorta di simili considerazioni, si ritiene che la rilevanza pubblicistica dell'offesa e le ripercussioni sul piano collettivo delle condotte discriminatorie assumano oggi rilievo meramente indiretto, dinnanzi a ipotesi delittuose che si riferiscono invece – e in modo immediato – alla dignità umana, autentico referente di tutela dei delitti contro l'eguaglianza<sup>15</sup>.

Il passaggio dalla concezione pubblicistica a quella personalistica della tutela, finalizzata a salvaguardare la dignità della persona più che l'ordine sociale minacciato dal dilagare di idee discriminato-

12 L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, p. 276; A. Luini, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica*, in *Rivista penale*, 1993, pp. 987 ss.; G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2018, pp. 1329 ss.

13 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 2423.

14 G. De Bernardi, *Osservazioni sulla legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 621; A. Caputo, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Questione giustizia* 1997, 2, p. 477. In questo senso, cioè, l'intervento del diritto penale avrebbe assunto una connotazione «individuale e personalistica di tutela del singolo e della sua dignità, compromessa dalla discriminazione subita, intesa quale compromissione delle chances dell'individuo di perseguire determinati obiettivi in condizioni di parità con gli altri membri della comunità sociale» (M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione*, cit., p. 2423).

15 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 13 dicembre 2007, n. 13234, in *Indice penale*, 2009, 1, pp. 207 ss., con nota di C. Silva, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di Cassazione*.

rie, è successivamente maturata ulteriormente, arrivando a considerare la dignità quale concetto indiscindibile dall'eguaglianza. Si è così sottolineato il significato essenziale della pari dignità umana, ponendo l'accento sul meccanismo di reciproco riconoscimento e rispetto che ogni individuo merita, indipendentemente dalle proprie caratteristiche socio-culturali o biologiche, e da cui si fa discendere il diritto a essere trattato, nelle relazioni interpersonali che lo vedono coinvolto, alla pari di ogni altro essere umano<sup>16</sup>. Tale lettura, d'altronde, sembrerebbe confermata dalla scelta del legislatore del 2018 che, nel trasporre la tutela all'interno del codice, ha deciso di intitolare la nuova Sezione I-bis, di cui al Capo II, Titolo XII del codice, proprio "dei Delitti contro l'eguaglianza".

Pur contribuendo a tracciare in modo più preciso le coordinate di tutela entro cui si iscrive il diritto penale antidiscriminatorio, neppure il riferimento alla pari dignità umana nella sua «dimensione intersoggettiva»<sup>17</sup> è bastato a sciogliere ogni dubbio relativamente ad un bene giuridico che soffre ancora di una certa evanescenza, di scarsa afferrabilità e di una portata simbolica innegabile<sup>18</sup>. Nella scelta di difendere, per il tramite dello *ius puniendi*, il valore della dignità umana, taluni Autori intravedono in particolare il rischio di ricorrere al diritto penale nella tutela di «un bene *omnibus* definito in termini talmente generici, vaghi, controversi e incerti da prestarsi alla giustificazione di qualsiasi intervento pubblico rispetto al quale non si riesca ad identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico: una nozione tanto solenne, trascendente e a vocazione egemonica quanto impalpabile, a cagione della sua capacità di racchiudere in sé innumerevoli e indefiniti contenuti»<sup>19</sup>.

D'altro canto, se la pari dignità umana può più facilmente riconoscersi, quale oggetto di tutela, nelle fattispecie di commissione di atti discriminatori o violenti, minori certezze derivano dalla considerazione di ipotesi delittuose differenti, rientranti nella sfera dell'incriminazione della parola o delle associazioni vietate: in questi casi, l'impronta dell'ordine pubblico resta significativa, orientando parte degli interpreti verso una lettura plurioffensiva delle fattispecie in esame<sup>20</sup>, così da valorizzare tutti i profili di pericolo e di danno effettivo che simili figure assommano su di sé. Si tratta, del resto, di una posizione avallata anche da una parte della giurisprudenza, specie in anni più recenti, quando la Cassazione si è espressa nel senso di ritenere sussistente una duplicità di beni protetti: da una parte, l'ordine pubblico come diritto alla tranquillità sociale; dall'altra, il valore supremo della dignità umana<sup>21</sup>.

### 3. Il paradigma esecutivo: commissione di atti di violenza, di discriminazione e di provocazione alla violenza

L'analisi delle singole fattispecie criminose previste nell'ambito della tutela penale contro le discriminazioni merita di iniziare dalle figure che, più di tutte, incarnano la reazione dell'ordinamento al

16 G. Puglisi, *La parola acuminata*, cit., p. 1340; A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, pp. 349 s.

17 M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 8, p. 1020.

18 A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2014, p. 55; A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, cit., p. 117.

19 G. Gometz, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, 32, pp. 29 s.

20 Lo rileva P. Caroli, sub art. 604-bis, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019, p. 4153.

21 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015, n. 36906, in *Cassazione penale*, 2016, 3, pp. 1000 ss. con nota di R. Cappitelli, *Il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico all'esame della giurisprudenza di legittimità*.

compimento di atti di discriminazione, violenti o non violenti. Si tratta, in particolare, delle tre ipotesi delittuose riconducibili nell'alveo del c.d. paradigma esecutivo<sup>22</sup>: commissione di atti di violenza, di provocazione alla violenza, nonché di atti discriminatori.

Come rilevato dalla dottrina, sono queste le figure meno problematiche, in quanto più prossime alla lesione del bene protetto<sup>23</sup>. Pur rappresentando le ipotesi maggiormente evocative di un danno effettivo alla dignità umana, derivante dal compimento di atti discriminatori o violenti, le condotte codificate non hanno mancato di sollevare alcune perplessità, impegnando dottrina e giurisprudenza nel tentativo di offrire una spiegazione compiuta di simili figure.

### 3.1. L'elemento oggettivo del reato: gli atti di violenza e di provocazione alla violenza

La prima fattispecie rientrante nel paradigma commissivo è descritta dalla legge in termini di commissione di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Si tratta, a ben vedere, della figura meno controversa in assoluto: essa manifesta infatti un'immediata attitudine lesiva del bene protetto<sup>24</sup>, idonea a legittimarla sul piano dell'offensività e della materialità della condotta ben più di quanto si possa dire di altre fattispecie contigue.

L'unica criticità sollevata dalla dottrina a proposito di tale fattispecie, per il resto piuttosto pacifica, appare connessa ad una certa inadeguatezza del requisito della violenza: in assenza di una definizione legale vincolante, alcuni autori hanno infatti intravisto il rischio che possano qui riproporsi le cadenze argomentative che, in relazione ad altri reati in cui tale requisito è richiesto dalla legge, hanno condotto la giurisprudenza ad estendere progressivamente il concetto di violenza fino a negare la centralità dell'influsso corporeo nella condotta dell'agente, ricomprendendo così qualsiasi forma di coartazione anche solo morale del soggetto passivo<sup>25</sup>.

In relazione alla fattispecie *ex art. 604-bis c.p.*, nondimeno, sembra possibile dubitare della correttezza di un'interpretazione volta a ricomprendere nel fatto tipico anche condotte di c.d. violenza impropria, che non si esplichino attraverso l'estrinsecazione di forza fisica: a differenza di quanto accade in relazione ad altri reati – come nel caso della violenza privata *ex art. 610 c.p.*, della violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.*, o dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni di cui all'art. 393 c.p. – la violenza non è qui il mezzo per costringere la vittima a tollerare qualcosa di ulteriore. Riprendendo la bipartizione dottrinale che distingue tra violenza-fine e violenza-mezzo<sup>26</sup> si potrebbe sostenere che l'art. 604-bis c.p. costituisca un caso esemplare del primo tipo. Dinnanzi ad una violenza "fine a se stessa", la peculiarità della figura in esame sarebbe data, al più, dal fatto che all'aggressione si associa un partico-

22 A. Spina, *La parola(-)odio*, cit., p. 577.

23 P. Caroli, sub *art. 604-bis*, cit., pp. 4161 s.

24 P. Caroli, sub *art. 604-bis*, cit., p. 4162.

25 L. Eusebi, *Colant omnes quemque. Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 2022, p. 14; M.E. Salerno, sub *art. 604-bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, pp. 2498 s. La giurisprudenza in tema di art. 610 c.p., in particolare, sostiene che «l'elemento della violenza nella fattispecie criminosa di violenza privata si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione ed azione, potendo consistere anche in una violenza impropria che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui» (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 24 febbraio 2017, n. 29261, in *De Jure*).

26 G. De Simone, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, 1993, Vol. XLVI, p. 887.

lare movente xenofobo o razzista, che spinge l'agente a colpire la vittima e che esprime il particolare disvalore di tale ipotesi rispetto ad altri reati contro la persona. Risulterebbe dunque privo di senso intendere il riferimento alla violenza come esteso a qualsiasi forma di coazione morale in relazione ad un reato che si preoccupa di tutelare la dignità della vittima di un'aggressione non solo gratuita – e quindi priva di uno scopo coercitivo di sorta – ma fondata sui più biechi motivi di intolleranza e razzismo.

Certamente idonee a integrare la fattispecie, intesa in questi termini, appaiono tanto le aggressioni fisiche dirette alla vittima in virtù della sua appartenenza etnico-razziale, nazionalità o religione, tanto la violenza diretta verso le cose, che sia connotata da analogo vocazione discriminatoria. In relazione a simili condotte, resta però fermo il carattere residuale della fattispecie *ex art. 604-bis c.p.*, connotata dalla clausola di riserva espressa («Salvo che il fatto costituisca più grave reato»). Ogniqualvolta la condotta integri un'altra figura delittuosa più grave, cioè, questa sarà punita ai sensi della relativa disposizione incriminatrice, eventualmente aggravata *ex art. 604-ter c.p.*

Se l'interpretazione del reato di commissione di violenza solleva obiezioni tutto sommato contenute, ben più problematici risultano invece l'interpretazione e l'inquadramento della figura di commissione di atti di provocazione alla violenza: pur costruita in termini di reato di danno, infatti, la circostanza che la condotta si identifichi nella commissione di atti di *provocazione* alla violenza sembra proporre le cadenze tipiche dei reati di pericolo, frapponendo, nella descrizione del fatto in termini commissivi, un evento di tipo indiretto di provocazione. In sostanza, l'atto di provocazione alla violenza non sarebbe diverso da una condotta di istigazione *tout court*<sup>27</sup>. La figura, peraltro, non appare approfondita in giurisprudenza, a riprova dell'ambiguità nella formulazione della norma: in un ordinamento che autonomamente incrimina tanto la commissione di atti violenti quanto l'istigazione alla violenza, si può forse pensare che la fattispecie in esame non riesca a ritagliarsi uno spazio di applicazione effettivo, rivelandosi priva di implicazioni pratiche.

### 3.2. (Segue) Il compimento di atti discriminatori: tra *deficit* di determinatezza della fattispecie e richiami alla disciplina extrapenale

Accanto alla commissione di violenza e di atti di provocazione alla violenza, l'*art. 604-bis c.p.* sanziona specificamente anche la commissione di singoli atti discriminatori. Si tratta della terza ipotesi riconducibile al modello c.d. esecutivo, questa volta legata a condotte prive di connotazione violenta e consistenti semmai in un trattamento differenziato sfavorevole, riservato dall'agente a colui che rientri in uno dei gruppi protetti e motivato proprio in virtù di tale appartenenza.

In dottrina, si discute sulla qualificazione dell'illecito in termini di reato di evento o di mera condotta: nel primo senso, si esprime chi ritiene che la differenziazione in base ad uno dei fattori protetti rilevi quale evento di fattispecie<sup>28</sup>, mentre altra parte della dottrina vi ravvisa un reato di mera condotta, a forma libera<sup>29</sup>, e quindi suscettibile di ricomprendere nel perimetro oggettivo una pluralità, sostanzialmente indefinita, di comportamenti diversi.

La norma, in effetti, non definisce compiutamente cosa sia atto discriminatorio ai fini penali: si tratta, evidentemente, dell'aspetto più problematico di questa fattispecie, connotata da margini di in-

<sup>27</sup> R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan*, cit., p. 6.

<sup>28</sup> M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione*, cit., p. 2423.

<sup>29</sup> M.E. Salerno, sub *art. 604-bis*, cit., p. 2500.

determinatezza eccessivi<sup>30</sup>. Attorno agli atti discriminatori, in sostanza, ruota interamente il disvalore della figura in esame ed il *deficit* di precisione rappresenta un limite evidente, in contrasto con i canoni costituzionali e convenzionali di legalità, *sub specie* di determinatezza e di prevedibilità del fatto di reato.

Al fine di superare la critica, si è talora rilevato che la nozione di discriminazione sarebbe già offerta da numerosi strumenti di diritto sovranazionale e nazionale, ove si rinvergono definizioni idonee a rimediare alla scarsa determinatezza della fattispecie<sup>31</sup>. Basti pensare alla Convenzione di New York, fonte degli obblighi di incriminazione che imposero l'approvazione della legge Reale e la creazione di un impianto di diritto penale antidiscriminatorio in Italia, o alle definizioni presenti a livello europeo e nelle leggi nazionali che hanno dato attuazione alle direttive dell'Unione Europea<sup>32</sup>.

In effetti esistono, tanto sul piano nazionale quanto su quello sovranazionale, numerose fonti che definiscono espressamente la discriminazione; nonostante ciò, le nozioni che si rinvergono in questi testi non sembrano consentire l'individuazione, in termini sufficientemente precisi, delle condotte penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 604-*bis* c.p. Si pensi alla nozione di discriminazione presente nella Convenzione di New York, nella parte in cui si riferisce ad "ogni limitazione, esclusione, restrizione o preferenza 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"<sup>33</sup>: nonostante tale definizione sia stata talora assunta dalla Cassazione quale referente qualificato della fattispecie<sup>34</sup> appare evidente che essa non delinea in alcun modo le condotte destinate a integrare l'atto discriminatorio ex art. 604-*bis* c.p., giustificando il dubbio sull'esatta collocazione del confine tra lecito ed illecito.

L'individuazione del significato penalmente rilevante di atto di discriminazione, in altri termini,

30 G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire dal d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *L'omofobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 10 novembre 2020, pp. 11 s.; L. Eusebi, *Colant omnes quemque*, cit., p. 16; F. Pesce, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 32 s. Sul tema, sia consentito il rinvio a S. Prandi, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024.

31 F. Rosso, *D.d.l. Zan: un'analisi ragionata delle modifiche alla normativa penale vigente*, in *Diritto di difesa*, 27 giugno 2021, p. 9, ma anche F. Filice, *Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *Questione giustizia*, 26 novembre 2020, p. 10.

32 Si pensi alla Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 in materia di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, recepita in Italia con D.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, o alla Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, recepita in Italia con D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, e alla Direttiva 2002/73/CE del 23 settembre 2002, in materia di discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale, attuata a livello nazionale con il c.d. codice delle pari opportunità, vale a dire il D.lgs. 198/2006 e successive modifiche.

33 Art. 1 della Convenzione medesima, che traccia una nozione ripresa, a livello nazionale, dall'art. 43, comma 1, T.U.I. (D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

34 Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 11 luglio 2006, n. 37609, in *Guida al diritto*, 2007, 1, pp. 70 s. Nella pronuncia citata la Cassazione espressamente stabilisce che, «quanto alla "discriminazione", la relativa nozione non può essere intesa come riferibile a qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, tra soggetti di diversa razza, etnia, nazionalità o religione, ma deve essere tratta esclusivamente dalla definizione contenuta nell'art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966».

appare ancora oggi oscura, per questo foriera di dubbi applicativi e sospetti di illegittimità costituzionale. Si è ben lontani, in questo senso, dall'esperienza di altri Paesi, primo fra tutti l'ordinamento francese, dove il legislatore ha operato una tipizzazione espressa dei comportamenti illeciti ai sensi della fattispecie di commissione di atti discriminatori (art. 225-2 del codice penale francese) a cui la stessa dottrina italiana guarda in un'ottica di auspicabile riforma del dato normativo interno<sup>35</sup>.

### 3.2.1. Il concetto penalmente rilevante di atto discriminatorio in giurisprudenza: la scarsa incidenza statistica dell'imputazione

In un contesto normativo come quello appena descritto, inidoneo – a dispetto delle numerose definizioni elaborate a livello sovranazionale e nazionale – a dotare la fattispecie di atti discriminatori di sufficiente determinatezza e precisione, neppure l'opera ermeneutica dei giudici sembra offrire un supporto risolutivo: la fattispecie in esame risulta oggetto di rarissima considerazione giurisprudenziale, complice anche la significativa cifra oscura che caratterizza questi reati.

Il dato evidenzia una certa timidezza nell'applicazione della fattispecie in esame, a fronte di una casistica più numerosa di episodi analoghi portati all'attenzione della giurisprudenza civile<sup>36</sup>, dove si è fatta ampia applicazione dell'art. 43 del Testo Unico Immigrazione (D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286): la norma in questione, oltre a definire la discriminazione in termini sostanzialmente analoghi a quanto specificato nella Convenzione di New York, disciplina espressamente, al comma 2, una serie di condotte esemplificative della discriminazione vietata. Si tratta di un aspetto interessante anche nella prospettiva dei reati contro l'eguaglianza: tale elenco, seppur non tassativo, potrebbe fornire un supporto interpretativo anche sul versante penalistico della tutela.

Si prenda, ad esempio, l'ambito delle contrattazioni tra privati, dove si pone apertamente il tema del rapporto tra obblighi di non discriminazione e autonomia negoziale: sulla scorta delle indicazioni offerte dalla lettera b) dell'art. 43, comma 2, T.U.I., uno spazio per l'incriminazione potrebbe dirsi ravvisabile ogniqualvolta il bene o il servizio negato sia offerto nell'ambito di un'attività rivolta al pubblico, e il rifiuto non sia motivato che dalla considerazione dell'origine etnica, nazionale o dalla religione del soggetto passivo. Perfettamente aderenti a tale ricostruzione risultano, peraltro, le pronunce con cui la Cassazione ha ritenuto integrato il reato di commissione di atti discriminatori, allora previsto all'art. 3 della L. 654/1975, a fronte del rifiuto di servire cittadini extracomunitari nel proprio locale, opposto ripetutamente da parte dal gestore di un bar e dalla sorella di questi<sup>37</sup>.

Accanto a tali precedenti, rimasti a lungo isolati nel panorama della giurisprudenza di legittimità<sup>38</sup>, merita inoltre di essere segnalata una più recente sentenza, in cui la Cassazione ha confermato la condanna per il delitto di commissione di atti discriminatori a carico del sindaco di un Comune ligure, per un'ordinanza che vietava l'ingresso nel territorio comunale di africani e sudamericani senza fissa

35 L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., p. 1534; L. D'Amico, *Omofobia e legislazione*, cit., p. 29.

36 Per un approfondimento della giurisprudenza del giudice ordinario, si rinvia a M. Centini, *In tema di discriminazione razziale: del sindacato di ragionevolezza degli atti interpretati*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 3, pp. 694 ss. Si veda inoltre P. Morozzo della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce del T.U. sull'immigrazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 2, pp. 112 ss.

37 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 5 dicembre 2005, n. 46783, in *Cass. pen.*, 2006, 3, pp. 873 ss.; Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 11 ottobre 2006, 37733, in *Studium iuris*, 2007, 9, pp. 1034 s.

38 Nella giurisprudenza di merito, si veda Tribunale di Torino, sentenza del 13 gennaio 1997, Cupani, in *Quest. Giust.*, 1997, 2, pp. 478 ss., ove si giudicava del rifiuto del titolare di un locale di farvi accedere un cittadino extracomunitario.

dimora<sup>39</sup>. La pronuncia dimostra apertamente la possibilità di riconoscere un atto discriminatorio – e quindi di ritenere integrata la fattispecie in esame – non solo in relazione ad un comportamento materiale o negoziale del privato, ma anche nell'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione: nel caso specifico, la Cassazione ha avuto modo di rilevare, da una parte, l'assenza di una condizione di emergenza idonea a supportare il ricorso allo strumento dell'ordinanza d'urgenza per ragioni sanitarie e, dall'altra, la natura intrinsecamente discriminatoria della selezione dei destinatari del divieto in essa contenuto.

La pronuncia in esame, in particolare, offre un'occasione preziosa per approfondire la riflessione attorno a questa figura di reato: l'eventualità che la discriminazione si collochi nel rapporto con i pubblici poteri, infatti, apre scenari di indubbio interesse e rimanda all'esperienza di altri Paesi, come la Spagna, dove una specifica fattispecie incrimina la commissione di atti discriminatori posta in essere dall'incaricato di un servizio pubblico o da altro funzionario pubblico (art. 511 del codice penale spagnolo). Lo stesso art. 43, comma 2, T.U.I., d'altro canto, ricomprende nella casistica degli atti discriminatori "il fatto del pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente"<sup>40</sup>.

In questi casi, a ben vedere, il peso della discriminazione si fa più significativo, sia a livello simbolico, che nella pratica: innanzitutto, l'atto discriminatorio posto in essere da chi ricopra una funzione pubblica comunica un messaggio di potenziale condivisione istituzionale del sentimento di intolleranza, con il rischio di propagazione degli effetti di sfavore che questo porta necessariamente con sé<sup>41</sup>; l'atto discriminatorio posto in essere nel contesto di una funzione pubblica o di un servizio pubblico, inoltre, finisce per incidere più intensamente su quelli che sono da considerare diritti fondamentali della persona e meriterebbe per questo un'attenzione maggiore di quella registrata sinora nella prassi.

### 3.3. L'elemento soggettivo del reato

Accanto al dibattito sviluppatosi attorno all'elemento oggettivo del reato in esame, la giurisprudenza si è pronunciata a più riprese anche in merito al profilo soggettivo della fattispecie commissiva *ex art. 604-bis c.p.* Seppure in occasione della contestazione di altri delitti contro l'eguaglianza, la Cassazione ha avuto modo di tracciare una distinzione netta quanto al dolo richiesto dalle singole ipotesi delittuose, precisando che «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 generico, quelle 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 propaganda-

<sup>39</sup> Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 17 marzo 2021 (ud. 4 dicembre 2020), n. 10335, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 11, pp. 2452 ss., con nota di L. Goisis, *Provvedimento amministrativo discriminatorio: la necessità della disciplina penale contro gli atti di discriminazione razziale*.

<sup>40</sup> Art. 43, comma 2, lettera a) T.U.I.

<sup>41</sup> Nella dottrina spagnola, si vedano le riflessioni di J.M. Tamarit Sumalla, *Art. 511*, in G. Quintero Olivares (dir.) – F. Morales Prat (coord.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, Pamplona, 2016, 1675.

te o negli atti discriminatori istigati»<sup>42</sup>.

Si tratta, però, di una lettura discutibile, posto che la formulazione letterale della norma, nel far riferimento alla discriminazione o violenza "per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", colora la fattispecie in senso causale e non finalistico, tanto nelle ipotesi rientranti nel paradigma istigatorio-propagandistico<sup>43</sup>, quanto in quello commissivo *tout court*. In relazione al paradigma esecutivo, del resto, la discriminazione appare intrinseca rispetto alla commissione di atti discriminatori o di violenza non diversamente da quanto si afferma a proposito delle fattispecie di propaganda o di istigazione; ne consegue, come sostenuto dalla maggior parte della dottrina, che la rilevanza del dolo specifico dovrebbe rimanere limitata ai casi di partecipazione a sodalizi aventi tra le proprie finalità l'incitamento alla discriminazione<sup>44</sup>, o alle ipotesi rientranti nello schema istigatorio<sup>45</sup>.

#### 4. L'incriminazione dell'*hate speech* nell'interpretazione costituzionalmente conforme offerta dalla giurisprudenza: la logica del pericolo concreto

Al di fuori dell'ambito delle figure delittuose che incriminano la commissione di atti di discriminazione o di violenza, l'aspetto più discusso della disciplina penale a tutela dell'eguaglianza è certamente rappresentato dalla criminalizzazione del c.d. *hate speech*; sottoinsieme della categoria dei delitti d'odio in cui la condotta consiste nell'espressione di un proprio pensiero, e quindi in un contegno meramente comunicativo<sup>46</sup>, il Consiglio d'Europa definisce gli *hate speeches* come «discorsi suscettibili di produrre l'effetto di legittimare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio basate sull'intolleranza»<sup>47</sup>.

La principale criticità che si rileva nell'analisi di simili fattispecie, suscettibili di integrare veri e propri reati di opinione, è rappresentata, come intuibile, dal delicato confronto con il principio di libera manifestazione del pensiero. Il diritto di espressione delle proprie idee, invero, trova solide basi costituzionali e convenzionali negli artt. 21 Cost. e 10 CEDU: ciò ha indotto a chiedersi se – e in quali casi – la criminalizzazione della parola possa essere ammessa in un ordinamento che colloca la libertà di opinione tra i diritti fondamentali dell'individuo.

In questo senso, occorre preliminarmente sottolineare che la protezione garantita dalla Costituzione e dalla Convenzione non è assoluta, dal momento che l'ingerenza dello Stato è comunque ammessa qualora il bilanciamento tra libertà di pensiero e valori confliggenti determini la soccombenza della prima rispetto ai secondi. Come accade, tradizionalmente, nei casi di diffamazione, ove la salvaguardia dell'onore personale può, a certe condizioni, giustificare una compressione della libertà di pensiero, anche rispetto alla dignità umana si pone, in definitiva, un problema di bilanciamento.

La giurisprudenza, in effetti, sottolinea da anni la legittimità di eventuali limitazioni del diritto di

<sup>42</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 37581, in *Cassazione penale*, 2009, 7-8, pp. 3032 s.

<sup>43</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 285.

<sup>44</sup> A. Galluccio, sub art. 604-bis, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, pp. 1629 s.

<sup>45</sup> G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni*, cit., p. 12.

<sup>46</sup> L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Legislazione penale*, 17 giugno 2020, p. 6.

<sup>47</sup> Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation no. r (97) 20 of the committee of ministers to member states on "hate speech", Principle 1.

manifestazione del pensiero che sia esercitato in pregiudizio della dignità umana<sup>48</sup>. Nel bilanciamento tra valori contrapposti è però necessario che l'intervento repressivo sia diretto a fatti che, manifestando una pericolosità effettiva, giustifichino l'esercizio dello *ius puniendi*, qui connotato da una forte anticipazione della tutela. In questo senso, mentre parte della giurisprudenza adotta un approccio casistico, richiedendo al giudice di merito di valutare gli elementi fattuali e di contesto idonei a ritenere sussistente o insussistente il pericolo di commissione di atti violenti o discriminatori<sup>49</sup>, in altri casi la Cassazione è stata criticata per essersi discostata dal paradigma dell'accertamento in concreto, per accontentarsi della corrispondenza alla fattispecie astratta, reputata pericolosa dal legislatore una volta per tutte<sup>50</sup>.

La stessa logica del pericolo concreto, d'altro canto, è stata giudicata da parte degli interpreti una soluzione solo apparentemente valida, lasciata in definitiva al giudizio individuale del singolo interprete, senza che criteri oggettivi di riferimento siano individuabili nella valutazione di ciascun episodio di istigazione o di propaganda<sup>51</sup>.

#### 4.1. Il paradigma istigatorio

Tra i reati di opinione previsti dal diritto penale antidiscriminatorio rilevano, anzitutto, le figure di istigazione, e nello specifico l'istigazione a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza e l'istigazione a commettere atti di discriminazione. L'attuale formulazione della norma è il frutto della riforma del 2006 che, intervenuta nel settore dei reati di opinione, rivisitò anche testualmente le figure di *hate crime* maggiormente contestate: per quanto riguarda il paradigma istigatorio, la novella sostituì la condotta, prima descritta in termini di incitamento alla commissione di atti di discriminazione o di violenza, con l'istigazione vera e propria.

Nell'intento del legislatore, la modifica lessicale avrebbe dovuto restringere il perimetro di rilevanza penale delle condotte, in virtù della maggiore selettività del requisito dell'istigazione rispetto al generico incitamento. Nondimeno, come precisato dalla giurisprudenza, «secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l'incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazione razziale continua a essere riprovevole nella successione delle leggi penali di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" non è altro che una precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma»<sup>52</sup>.

Secondo i giudici, cioè, la sostituzione terminologica non si sarebbe tradotta anche in una discon-

48 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 37581, cit.

49 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015, n. 36906, in *Giurisprudenza penale (web)*, 4 ottobre 2015.

50 A. Galluccio, sub *art. 604-bis*, cit., p. 1629.

51 A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 156, dove si sottolinea come «ciò che ci si può più realisticamente attendere da una delega a bilanciare concessa in base a criteri così debolmente vincolanti come il pericolo concreto di discriminazioni o violenze razziali, è semmai il rinvio a decisioni giudiziali di tipo "quasi sapienziale"», così aprendo la strada al pericolo di trattamenti diseguali e, quindi, alla violazione del canone *ex art. 3 Cost.*; si veda altresì A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, 3, pp. 80 ss. *Contra*, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., pp. 214 ss.

52 Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 35781, cit.

tinuità di contenuto tale da determinare un fenomeno di *abolitio criminis*, neppure parziale, risolvendosi in una mera precisazione lessicale priva di ricadute pratiche. Sarebbe invece più corretto individuare in tale metamorfosi lessicale l'elemento sintomatico di un cambio di passo nella considerazione della pericolosità delle condotte espressive, sì da intendere l'istigazione come un incitamento pericoloso in concreto: il mutamento, in altre parole, sarebbe pensato e attuato per rendere la fattispecie conforme al principio di offensività. Perché costituisca reato, dunque, la condotta espressiva dovrebbe essere anche idonea a indurre taluno alla commissione degli atti violenti o discriminatori oggetto di incitamento<sup>53</sup>.

Nella valutazione della pericolosità della condotta, sembrerebbero rilevare una pluralità di aspetti, quali il mezzo usato, l'ampiezza e la composizione della platea dei destinatari, il carisma dell'agente e la sua capacità di influire sul proprio pubblico, il contesto sociale in cui si realizza la condotta, ad esempio per la presenza di un clima di particolare tensione, eccetera. Paradigmatico, in questo senso, il caso Kyenge, in cui la Cassazione ritenne perfezionato il reato di istigazione alla violenza in virtù della pubblicazione, su internet, di frasi e immagini inneggianti allo stupro a danno dell'ex-ministra<sup>54</sup>. Nel caso di specie, la situazione di tensione che si era venuta a creare a seguito di un episodio di tentata violenza sessuale, da parte di un uomo di origini africane a danno di una donna italiana, venne reputata idonea ad integrare le condizioni di pericolosità della condotta che, commessa in tale contesto storico e attraverso il mezzo internet, evidenziava, secondo i giudici, il rischio di un'effettiva degenerazione violenta.

Resta ferma, in ogni caso, una certa difficoltà nell'individuare indici univoci di pericolosità concreta, che fissino in modo obiettivo la soglia della rilevanza penale. Ciò che è certo, però, è che dalla necessità di accertare un certo grado di offensività e pericolo per il bene giuridico tutelato non possa derivare l'illegittimità della figura di istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza; poiché essa assume i tratti dell'istigazione di un'istigazione, appare evidente che si determina, qui, un'anticipazione eccessiva della tutela penale<sup>55</sup>, incompatibile con le garanzie e con i principi costituzionali e quindi meritevole di essere espunta dall'ordinamento.

## 4.2. (Segue) La propaganda di idee razziste

La seconda figura di *hate speech* presente nell'ordinamento italiano è quella che risponde al paradigma enunciativo<sup>56</sup>: si tratta della propaganda di idee razziste, ipotesi che rappresenta, al tempo stesso, la fattispecie più controversa in dottrina e quella più ricorrente nella casistica giurisprudenziale in materia di diritto penale antidiscriminatorio.

Anche questa fattispecie è stata oggetto dell'intervento normativo del 2006 finalizzato a rendere costituzionalmente conformi le figure di *hate speech* presenti nell'ordinamento, attraverso la sostituzione della dizione, precedentemente vigente, di "diffusione in qualsiasi modo", con il termine "pro-

<sup>53</sup> Già prima della riforma, in questo senso, E. Fiorino, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in *Cassazione penale*, 1999, p. 986.

<sup>54</sup> Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 23 ottobre 2015, 42727, in *Cassazione penale*, 2016, 5, pp. 2021 ss. con nota di A. Siliberti, *Il reato di istigazione alla violenza per motivi razziali*. Sulla particolare diffusività del mezzo social, si rinvia al § 4.4., dove sarà analizzato proprio il fenomeno dell'*hate speech online*.

<sup>55</sup> A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, 4, p. 46.

<sup>56</sup> A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., p. 592.

paganda". In relazione alla figura in discussione, la giurisprudenza si è perlopiù espressa riconoscendo che l'uso «del verbo "propaganda" in luogo di "diffonde" restringe la fattispecie originaria perché implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata. Propagandare un'idea, infatti, in altri termini significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata»<sup>57</sup>.

A ben vedere, la lettura restrittiva del termine proposta dalla Cassazione – e volta ad intendere la propaganda come una forma qualificata di diffusione di idee<sup>58</sup> – trovava un precedente significativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: pronunciata a proposito del delitto di propaganda ed apologia sovversiva e antinazionale, *ex art. 272 c.p.*, la Consulta aveva avuto modo di precisare che la condotta di propaganda richiede un *quid pluris* rispetto alla mera divulgazione, dovendosi tradurre in un'azione volta ad influire sulla psicologia e sul comportamento dei destinatari della comunicazione, nonché idonea a raccogliere consensi<sup>59</sup>. La Cassazione ha però negato di essere in presenza di un fenomeno di *abolitio criminis* vera e propria, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., riconoscendo invece una mera modificazione *ex comma 4* della medesima norma<sup>60</sup>.

Dal 2006, ad ogni modo, si può dire che sia propaganda di idee vietata *ex art. 604-bis c.p.* solo la divulgazione teleologicamente orientata, e cioè diretta a condizionare il pubblico cui si rivolge, nonché idonea allo scopo. Ciò non implica, peraltro, la necessità che la divulgazione sia reiterata nel tempo: la propaganda è stata ravvisata dalla giurisprudenza anche a fronte di isolate manifestazioni di pensiero a connotazione razzista<sup>61</sup> in conformità con quella dottrina che ritiene possibile realizzare una comunicazione particolarmente efficace – e quindi idonea – anche se unisussistente<sup>62</sup>.

Quanto alla connotazione odiosa del discorso, vi è concordia tra gli interpreti nel richiedere qualcosa di più di un semplice sentimento di antipatia, di insofferenza o di rifiuto, derivante da motivazioni che ruotino attorno all'origine etnica del soggetto; il reato in esame si configura, all'opposto, solo in presenza di un'avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata<sup>63</sup>.

Considerata l'interferenza con il diritto di manifestazione del pensiero, ad ogni modo, la punizione della parola dovrà essere sempre subordinata ad un vaglio rigoroso della sua pericolosità, tratto anche dal contesto e dalle modalità con cui l'opinione viene espressa. Si tratta, evidentemente, del profilo centrale nella ricostruzione della figura in esame: in un'ottica attenta al rispetto del principio di offensività e della libertà di espressione delle idee riconosciuta a tutti i consociati, il diritto ad esprimere le proprie opinioni, quand'anche sgradevoli e aberranti, non può essere limitato se non a fronte di lesioni dirette o di un pericolo concreto di offesa ad altri beni, anch'essi di rango costituzionale<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015, n. 36906, cit.

<sup>58</sup> M.E. Salerno, sub *art. 604-bis*, cit., p. 2502.

<sup>59</sup> Corte costituzionale, sentenza del 6 luglio 1966, n. 87.

<sup>60</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 3 ottobre 2008, n. 37581, cit.

<sup>61</sup> Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 22 novembre 2012, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 7, pp. 1646 s., con nota di S. Grindatto, *Brevi osservazioni sulla propaganda di superiorità o odio razziale*, dove l'Autore sottolinea, in particolare, che tale lettura è idonea a qualificare il reato in esame come reato eventualmente abituale.

<sup>62</sup> G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni*, cit., p. 8.

<sup>63</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015, n. 36906 cit.

<sup>64</sup> D'altro canto, non manca chi ritiene che la soluzione del pericolo concreto non possa dirsi del tutto appagante, stante la difficoltà – se non proprio vera impossibilità – di ricostruire, *ex ante*, l'eziologia psicologica delle idee diffuse, e quindi l'impatto delle stesse in termini di pericolosità: in questi termini, occupandosi del nesso tra propaganda e c.d. *mass violence*, A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence?*, cit., p. 51.

### 4.2.1. Le precisazioni della giurisprudenza: la distinzione tra discriminazione fondata sui comportamenti e discriminazione sulla qualità

Come si è avuto modo di sottolineare a più riprese, uno dei profili di maggiore criticità sotteso all'incriminazione dell'*hate speech* deriva dalla constatazione delle interferenze con il diritto costituzionale di libertà di opinione, ex art. 21 Cost., che i reati di propaganda ed istigazione finiscono necessariamente per evidenziare. Nel corso degli anni, nel tentativo di individuare con maggior precisione il confine tra manifestazioni di idee lecite e tutelate dall'ordinamento e offese sanzionate ai sensi dell'art. 604-bis c.p., la giurisprudenza ha tentato di impostare l'analisi sulla scorta di elementi di contesto o di contenuto espressivo del messaggio veicolato. A dispetto delle critiche della dottrina e delle oscillazioni della stessa giurisprudenza, le soluzioni finora individuate testimoniano gli sforzi profusi nel tentativo di individuare con il maggior grado possibile di chiarezza e prevedibilità il confine tra lecito e illecito, in una materia in cui la sanzione penale rischia di incidere pesantemente su diritti fondamentali della persona; esse meritano dunque di essere brevemente approfondite.

Emblematica appare anzitutto la distinzione, tracciata dalla Cassazione, tra il discorso discriminatorio fondato sulle qualità del soggetto o dei soggetti bersagliati, e quello che trova giustificazione in un comportamento degli stessi, che consista in un contegno disapprovato e illecito, se non addirittura criminoso. Inaugurata nell'ambito del celebre caso Tosi<sup>65</sup>, l'idea di uno scarto tra le idee discriminatorie derivanti da una precedente condotta, magari penalmente rilevante, dell'appartenente al gruppo minoritario e le idee discriminatorie fondate sulla stessa appartenenza della vittima a tale gruppo è stata utilizzata a più riprese anche nelle sentenze successive. Si è così affermato che l'idea discriminatoria, che attraverso la propaganda si intende diffondere, deve essere «fondata sulla diversità determinata da pretesa superiorità razziale o da odio etnico. La discriminazione per l'altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità; un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento, senza che si incorra in sanzione penale, ma non per la sua qualità di essere diverso»<sup>66</sup>.

Non sono mancate, tuttavia, critiche significative a una simile ricostruzione: poiché, in molti casi, la stessa discriminazione per il comportamento o per la criminalità di un certo gruppo di individui poggia su luoghi comuni a portata generalizzante, che finiscono per attribuire a un'intera cerchia di soggetti caratteristiche negative nascenti da un *bias*, la discriminazione per il comportamento altrui rischia di celare forme di discriminazione *tout court* idonee a veicolare un messaggio di disprezzo per le concezioni, la cultura ed i valori di un gruppo diverso<sup>67</sup>.

Si tratta, cioè, del nucleo delle forme di razzismo moderne, fondate non più sulla concezione di superiorità biologica di certe razze su altre, bensì su forme più subdole di giudizio, con la conseguenza che l'esclusione e la discriminazione sono figlie delle diversità culturali e dell'asserita superiorità della scala di valori accolta dalla maggioranza rispetto a quella delle minoranze<sup>68</sup>. In questo senso,

<sup>65</sup> Ad essere contestate, all'allora consigliere dell'opposizione Tosi e ad altri cinque esponenti della Lega, erano le condotte di volantinaggio e raccolta firme realizzate al fine di ottenere lo sgombero dei campi Rom presenti sul territorio comunale, oltre ad alcune affermazioni degli imputati: si vedano Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 28 marzo 2008 (ud. 13 dicembre 2007) n. 13234, e Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza del 10 luglio 2009 n. 41819, in *Cassazione penale* 2010, 6, p. 2353, con nota di F. Panizzo, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*.

<sup>66</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015 n. 36906, cit.

<sup>67</sup> C. Silva, *"Quando la discriminazione razziale si trasferisce su Facebook"*, in *Archivio penale*, 2012, 3, pp. 5 ss.

<sup>68</sup> Di neo-razzismo, razzismo implicito o di razzismo c.d. differenzialista parla A. Cirelli, *"Quest'unione civile non s'ha da fare"*:

perciò, la distinzione proposta rischia di configurare un fragile espediente retorico, celando, dietro l'artificio della discriminazione sul comportamento, null'altro che una discriminazione sulla vita, sulle abitudini e sulla natura stessa dei gruppi minoritari, con conseguente lesione della pari dignità riconosciuta a ogni individuo *ex artt. 2 e 3 Cost.* e specificamente tutelata dalle disposizioni in esame.

### 4.3. La rilevanza del contesto: il rapporto tra *hate speech* e dibattito politico

Uno degli aspetti più interessanti affrontati dalla giurisprudenza in materia di propaganda razzista atiene, inoltre, al problema del rapporto tra diffusione di idee apparentemente discriminatorie e retorica politica<sup>69</sup>, che emerge in particolare quando il discorso sospetto di illiceità penale si collochi nell'ambito del dibattito pubblico<sup>70</sup>. In questo frangente, la delicatezza del bilanciamento tra interessi contrapposti si fa drammatica, dinnanzi al rischio che la minaccia della pena finisca per innescare un *chilling effect* dannoso per la stessa democrazia, che sul confronto – e sullo scontro – di idee trova terreno fertile per il proprio sviluppo.

Alla luce di simili considerazioni, appare significativo che la giurisprudenza si sia sforzata di valorizzare il contesto in cui certe manifestazioni di pensiero si realizzano, dando specifico rilievo al fisiologico atteggiarsi della retorica politica, che assume toni più accesi di quelli normali, o al tendenziale inasprimento del dibattito che si registra solitamente nel periodo di campagna elettorale. In generale, infatti, sembra condivisibile l'affermazione secondo cui la valutazione delle espressioni sospette di integrare il reato di propaganda deve essere sempre condotta tenendo nella massima considerazione il contrapposto – e fondamentale – interesse al libero svolgimento della vita democratica, anche in ragione del «particolare clima in cui si svolgono le competizioni elettorali»<sup>71</sup>.

Non sono mancate, però, occasioni in cui la Cassazione si è espressa in senso diametralmente opposto, valutando il contesto politico e la veste istituzionale ricoperta dal soggetto agente come elementi che acquiscono il disvalore tipico della fattispecie di propaganda, sostenendo ad esempio che «la funzione di consigliere comunale non legittima sicuramente (in esplicazione del mandato elettorale) di esprimersi con frasi di generalizzazione, afferente alla "etnia", offensive non solo della dignità delle persone, ma additive di inferiorità legate alla cultura e tradizioni di un popolo [...]. Il ruolo rivestito dal G. Non consentiva affatto alla sua foga oratoria di spingersi così in avanti, comunque oltre i confini del lecito, ma al più avrebbe dovuto imporgli una maggiore prudenza, proprio nell'esercizio di quella pubblica funzione, da cui discende l'aggravante di cui all'art. 61, n. 9, c.p., che gli venne contestata»<sup>72</sup>.

---

*il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo*, in questa *Rivista*, 18 ottobre 2021, p. 10; ma si veda anche L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 122.

<sup>69</sup> P. Caroli, sub *art. 604-bis*, cit., p. 4160.

<sup>70</sup> Sul tema, in generale, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2013.

<sup>71</sup> Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza del 23 giugno 2015 n. 36906, cit.

<sup>72</sup> Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 11 dicembre 2012, n. 47894, cit. Sul tema, peraltro, si rinvia altresì all'interessante tesi dottrinale secondo cui la propaganda sarebbe solo quella «volta ad aggregare consenso intorno a un programma politico di carattere razzista, orchestrata da (o comunque a sostegno di) forze politiche che, sulla base di quel programma, si presentano a competizioni elettorali, al fine di acquisire posizioni di governo locale o nazionale; o quella

Considerata la difficoltà insita nel distinguere il legittimo discorso politico, che alimenta il dialogo e la vita democratica, e la propaganda vietata che si realizza a livello istituzionale – e che per questo assume tratti di particolare gravità – c'è chi suggerisce di spostare il *focus*, piuttosto, sulla distinzione che intercorre tra «forme di intolleranza gratuita e ingiustificata e forme di disaccordo critico argomentato e documentato»<sup>73</sup>: in questo modo, sulla falsariga dello schema giurisprudenziale elaborato per risolvere i conflitti tra onore e libertà di parola nel caso della diffamazione, anche la propaganda di idee razziste verrebbe a essere definita sulla base di parametri più netti, attinenti al fondamento critico delle opinioni espresse e alla logica argomentativa che sorregge le stesse, più che al *forum* politico in cui esse si manifestano o alla pretesa distinzione tra ciò che è comportamento degli individui del gruppo e ciò che è mero pregiudizio indifferenziato nei confronti del gruppo medesimo.

Anche questa soluzione, però, solleva alcune perplessità, in particolare nella misura in cui lascia ipotizzare il rischio di un'incriminazione "elitaria", diretta essenzialmente alla repressione delle manifestazioni di pensiero di coloro che dispongano di minori possibilità dialettiche e culturali, senza che ciò rappresenti il criterio idoneo ad individuare le condotte di più spiccata offensività.

#### 4.4. (Segue) Propaganda a mezzo internet: peculiarità del fenomeno discriminatorio *online*

Accanto all'*hate speech* che si svolge sul terreno del dibattito politico, altro elemento di contesto al centro delle riflessioni degli interpreti è dato dalla possibile collocazione sul *web* del fatto illecito. Il rimando, nello specifico, è a quelle condotte – propagandistiche, ma anche di istigazione – commesse attraverso l'utilizzo di piattaforme *online*, quali *social network* o *blog* personali<sup>74</sup>.

La tematica rappresenta certamente il risvolto più attuale e pericoloso del discorso d'odio, non solo perché il mezzo internet presenta potenzialità e rapidità di diffusione elevatissime, che riducono le possibilità di eliminare per sempre il messaggio d'odio nelle sue infinite propagazioni, ma anche per una serie di fattori ulteriori: anzitutto, il fatto che l'*hate speech online* lasci la possibilità all'autore di esprimersi rimanendo nell'anonimato, ma anche il fatto che tali fenomeni presentino spesso natura transnazionale, richiedendo una strategia comune ed una cooperazione efficiente tra Stati<sup>75</sup>. Tutti questi elementi, invero, rendono la risposta punitiva particolarmente complessa.

Sul versante nazionale, la giurisprudenza si è soffermata soprattutto sulle potenzialità dell'utilizzo del mezzo internet, che si rivela intrinsecamente idoneo a garantire una diffusione pressoché immediata e incontrollata del discorso d'odio, quantomeno in assenza di specifiche limitazioni alla visibilità del *post* o del commento. Tale caratteristica, nondimeno, non è sempre stata intesa automaticamente quale sinonimo di maggiore gravità della condotta di diffusione di idee discriminatorie *online*: a differenza di quanto avviene per la fattispecie di diffamazione, ove la diffusione via *social* è da tempo considerata ipotesi aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p.<sup>76</sup>, non altrettanto sembra

---

volta a fomentare adesioni ad azioni politiche/amministrative di carattere razzista effettivamente compiute, o prossime al compimento, da parte di chi già rivesta simili posizioni di governo», e quindi quella capace di dare vita a fenomeni di razzismo c.d. istituzionale o politico (A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence?*, cit., pp. 49 ss.)

<sup>73</sup> A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 167.

<sup>74</sup> P. Caroli, sub art. 604-bis, cit., p. 4158.

<sup>75</sup> V. Nardi, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 marzo 2019.

<sup>76</sup> Si veda, ad esempio, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 2 gennaio 2017, (ud. 2 dicembre 2016) n. 50, in

potersi dire delle fattispecie di *hate speech*.

Nella giurisprudenza di merito, infatti, non sono mancati esempi in cui il giudice, dichiaratamente consapevole della particolare diffusività della condotta e della possibilità di condivisione ulteriore dei contenuti offensivi, ha ritenuto di dover valorizzare il fatto che, per le caratteristiche del mezzo usato, non fosse richiesto all'autore un particolare comportamento attivo perché l'idea si diffondesse: il carattere sostanzialmente automatico della propagazione, a fronte di una condotta minima dell'agente. È stato talora ritenuto meritevole di un trattamento sanzionatorio più mite, giustificando la comminatoria della sanzione pecuniaria – pur applicata nel massimo – in luogo di quella detentiva<sup>77</sup>.

Nondimeno, trattandosi pur sempre di una valutazione da effettuare caso per caso, sembrano numerosi gli indici da considerare, anzitutto al fine di verificare se la condotta possa essere ritenuta, per finalità e caratteristiche, una forma di propaganda o di istigazione<sup>78</sup> e, in secondo luogo, per parametrare il trattamento sanzionatorio al disvalore del fatto: dal numero di seguaci, alle impostazioni di condivisione o di commento del *post*, alla circostanza che l'autore abbia invitato i propri lettori a ripostare il contenuto offensivo, all'eventuale reiterazione delle condotte suddette, i possibili indici di valutazione a disposizione dell'interprete appaiono, in definitiva, numerosi e significativi.

## 5. Il paradigma associativo

Fin dalla sua primigenia approvazione, tra le fattispecie sanzionate dal diritto penale antidiscriminatorio, accanto alle figure commissive e istigatorio-enunciative, risaltava l'ipotesi associativa, volta a punire le condotte di promozione, organizzazione e direzione – e quindi forme di concorso qualificato – nonché la semplice appartenenza e l'assistenza a gruppi aventi finalità discriminatorie e di diffusione d'odio. Si tratta, evidentemente, di una fattispecie in cui può dirsi ancora prevalente, nello spettro dell'oggettività giuridica tutelata, la considerazione del bene dell'ordine pubblico, soppiantato, per le altre ipotesi, dal rilievo primario della pari dignità umana.

Costruita sullo schema del reato associativo *ex art. 416 c.p.*<sup>79</sup>, la norma solleva notevoli perplessi-

---

*De Jure*, in cui si afferma che «la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca "facebook" integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 terzo comma cod. pen., poiché trattasi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone; l'aggravante dell'uso di un mezzo di pubblicità, nel reato di diffamazione, trova, infatti, la sua *ratio* nell'idoneità del mezzo utilizzato di coinvolgere e raggiungere una vasta platea di soggetti, ampliando – e aggravando – in tal modo la capacità diffusiva del messaggio lesivo della reputazione della persona offesa, come si verifica ordinariamente attraverso le bacheche dei *social network*, destinate per comune esperienza ad essere consultate da un numero potenzialmente indeterminato di persone, secondo la logica e la funzione propria dello strumento di comunicazione e condivisione telematica, che è quella di incentivare la frequentazione della bacheca da parte degli utenti, allargandone il numero a uno spettro di persone sempre più esteso, attratte dal relativo effetto socializzante».

<sup>77</sup> Tribunale di Padova, sentenza del 20 aprile 2011, n. 844, in *Archivio penale*, 2012, 3, pp. 1 ss. con nota di C. Silva, *Quando la discriminazione razziale si trasferisce su Facebook*.

<sup>78</sup> In un recente arresto, ad esempio, la Cassazione ha escluso il carattere propagandistico di espressioni, pubblicate su *Facebook* da un consigliere della provincia di Monza e Brianza, connotate da toni e contenuti paradossali, e quindi inidonei a integrare la fattispecie in esame (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 21 febbraio 2020, n. 6933, in *De Jure*).

<sup>79</sup> Rispetto all'art. 416 c.p., la fattispecie in esame configura una figura speciale, punita più gravemente sulla base

tà nella parte in cui incrimina la partecipazione ad associazioni aventi, come scopo, "l'incitamento alla discriminazione": in questo senso, infatti, sembrerebbe emergere un profilo di illegittimità della disciplina in esame, nella misura in cui la soglia penale arretra fino all'atto preparatorio di una condotta di istigazione futura<sup>80</sup>.

Quanto alle caratteristiche strutturali del sodalizio, sembrerebbe doversi escludere, pur a fronte dell'allargamento semantico operato dalla legge Mancino<sup>81</sup>, che possano farsi rientrare nella nozione di gruppo o movimento anche realtà occasionali o destrutturate, prive di connotati di sufficiente stabilità e idoneità rispetto al programma. La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, si è talora esposta a favore di un'interpretazione lata del fenomeno associativo: argomentando a partire dall'art. 5 della Convenzione di New York, in cui si parla espressamente di organizzazioni "di qualsivoglia tipo", si è affermato, ad esempio, che non sarebbe necessaria la presenza di una struttura materiale, come invece normalmente richiesto ex art. 416 c.p. Anche sulla base di simili considerazioni, la fattispecie è stata contestata in presenza di un gruppo di persone, legato all'esistenza di un *blog* su internet, nel quale si inneggiava alla superiorità della razza bianca<sup>82</sup>.

A tal proposito, sembrerebbe preferibile richiedere sempre l'accertamento rigoroso di quel *quid* minimo di organizzazione e di stabilità che renda il gruppo concretamente idoneo alla diffusione di idee pericolose<sup>83</sup>, e consenta di ritenere sussistente la fattispecie associativa in luogo di semplici condotte di istigazione e propaganda, magari realizzate in concorso, ma non sufficienti a dar vita a un vero sodalizio criminale. Diversamente, infatti, risulterebbero esasperati i profili di criticità della figura in esame, già contestata da parte della dottrina per la sua natura di «fattispecie a vocazione ideologica più che pragmatica, incentrata sul pericolo (sostanzialmente presunto) di diffusione di certe idee, anziché, direttamente, sul pericolo che vengano commessi atti conseguenti»<sup>84</sup>.

## 6. L'aggravante ex art. 604-ter c.p.

Accanto alle figure delittuose esaminate nei paragrafi precedenti, la disciplina antidiscriminatoria penale è infine completata dalla previsione di talune circostanze aggravanti: la prima, introdotta nel 1993

---

dell'esigenza di «sottoporre ad una disciplina di maggiore severità fenomeni associativi da ritenersi particolarmente odiosi alla stregua delle valutazioni dominanti nell'attuale momento storico» (G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni*, cit., pp. 14 s)

<sup>80</sup> F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 2021, p. 5.

<sup>81</sup> Che, come ricordato nel paragrafo 2, ha affiancato ad associazioni e organizzazioni anche gruppi e movimenti.

<sup>82</sup> Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Rivista penale*, 2016, 10, pp. 895 ss.; ma si veda anche Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 9 febbraio 2022 (ud. 6 dicembre 2021), n. 4534, in *Sistema penale*, 20 maggio 2022, con nota di B. Fragasso, *Like su Facebook e hate crimes: note a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in cui la Corte di Cassazione ha sostenuto che l'apprezzamento espresso sotto forma di *like* ai contenuti di una *community* Facebook, oltre ad integrare il reato di propaganda razzista, potesse costituire indice della partecipazione ad associazioni finalizzate alla diffusione di idee razziste.

<sup>83</sup> Nel caso del *blog*, ad esempio, la Cassazione aveva fatto riferimento all'esistenza di una struttura che «utilizzando la gestione di un *blog*, tenga i contatti tra gli aderenti, metta in atto condotte di proselitismo, anche mediante diffusione di documenti e testi inneggianti al razzismo, programmi azioni dimostrative e violente, raccolga elargizioni economiche a favore del *forum*, provveda a censire episodi e persone che operino per l'affermazione dell'uguaglianza tra cittadini di etnie e razze diverse» (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 16 febbraio 2016, n. 34713, cit.).

<sup>84</sup> A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., p. 599.

ed oggi trasposta all'art. 604-ter c.p., sancisce un aggravamento di pena per ogni reato, punito con pena diversa dall'ergastolo, che sia commesso "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". Trattasi di circostanza aggravante ad effetto speciale e blindata, stante l'inapplicabilità del giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti sancito al secondo comma della disposizione.

Quanto all'aggravante di agevolazione, la dottrina sostiene che «il contenuto della circostanza deve essere riferito ai comportamenti delittuosi aventi come scopo quello di contribuire alla realizzazione di qualsiasi risultato suscettibile di tornare comunque utile alle associazioni, organizzazioni, movimenti e gruppi volti a perseguire finalità di tipo razziale» e quindi sia «attività volte 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 comportamenti volti ad aiutare l'associazione mediante il rafforzamento della relativa struttura»<sup>85</sup>.

In questo senso, le maggiori criticità si pongono quale riflesso della scarsa offensività e materialità – oltre che delle interpretazioni lasse in merito al requisito organizzativo – della fattispecie associativa cui l'aggravante idealmente accede.

Significative difficoltà si sono registrate, inoltre, in relazione all'interpretazione dell'aggravante della finalità d'odio o di discriminazione. Su tale aspetto, la giurisprudenza è infatti parsa, soprattutto in passato, profondamente divisa: valorizzando il dato letterale, una parte degli interpreti appoggiava la lettura che impone di verificare che la condotta sia tesa a ingenerare in altri il medesimo sentimento di repulsione, propagando l'effetto discriminatorio<sup>86</sup>. Secondo altri, invece, tale pericolo di emulazione non sarebbe affatto richiesto, «essendo sufficiente che l'azione rechi, in sé, le prescritte connotazioni di discriminazione per ragioni etniche, razziali, religiose o nazionali»<sup>87</sup>. Secondo un terzo orientamento, infine, sarebbe necessario e sufficiente accertare che l'azione rappresenti la consapevole e percepibile esteriorizzazione, letta alla luce del contesto in cui è maturata, di un sentimento di odio e discriminazione fondato sulla razza, l'etnia o le altre caratteristiche rilevanti ai fini della norma penale<sup>88</sup>. Alle variegate letture offerte dalla giurisprudenza, si aggiunge e contrappone infine la voce di autorevole dottrina, secondo cui sarebbe più opportuno, a livello legislativo, fare riferimento ai moventi discriminatori dell'azione, non anche alla sua finalità<sup>89</sup>.

85 G. De Francesco, *Art. 1*, cit., p. 212.

86 Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 17 novembre 2005, Paoletich, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 3, pp. 1449 ss., con nota di L. Ferla, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*.

87 Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 11 luglio 2006, n. 37609, in *Rivista penale*, 2007, 2, 152 ss.; analogamente, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 7 gennaio 2021 (ud. 18 novembre 2020), n. 307, per cui «sussiste la aggravante della finalità di discriminazione od odio razziale, non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, non avendo rilievo la mozione soggettiva dell'agente»

88 Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 20 gennaio 2006, Gregorat, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1450, con nota di L. Ferla, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale*, cit.; ma si veda anche Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza del 15 luglio 2013, n. 30525, in *Foro italiano*, 2013, 12, pp. 695 ss., dove si legge che «l'aggravante sussiste allorché risulti che il reato sia stato oggettivamente strumentalizzato all'odio o alla discriminazione razziale».

89 E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

## 6.1. (Segue) L'aggravante negazionista

L'ultimo intervento significativo del legislatore in materia di diritto penale antidiscriminatorio è rappresentato dall'introduzione, nel 2016, dell'aggravante di negazionismo<sup>90</sup>. La L. 115/2016, in particolare, è intervenuta a innovare l'ordinamento nazionale in ottemperanza agli obblighi di cui alla Decisione quadro 2008/913/GAI dell'UE del 28 novembre 2008<sup>91</sup>: nell'adeguare il sistema nazionale alle richieste dell'Unione Europea, il legislatore ha operato una scelta almeno in parte compromissoria, introducendo un'aggravante speciale in luogo di una nuova figura di reato volta a criminalizzare la negazione o la minimizzazione grossolana della Shoah e degli altri crimini di guerra, di genocidio o contro l'umanità<sup>92</sup>. Ad essere sanzionato più severamente, cioè, è solo il fatto che, di per sé, già costituisca una condotta di propaganda o di istigazione ai sensi dell'art. 604-*bis* c.p., commessa in modo che ne derivi pericolo di diffusione, e che presenti caratteri di negazione, minimizzazione grave o apologia degli episodi rientranti nel cono di protezione rafforzata della fattispecie.

Nonostante gli sforzi compromissori del legislatore, la circostanza aggravante in esame continua a destare alcune perplessità in virtù della sua forte carica simbolica e delle possibili frizioni con il principio di necessaria lesività del fatto di reato: al fine di ritagliare all'aggravante in esame uno spazio applicativo coerente con i valori costituzionali, sembra allora opportuno richiamare nuovamente il concetto di pericolosità in concreto delle condotte di istigazione, propaganda e incitamento di matrice negazionista, in relazione al bene della pari dignità umana, di cui il fenomeno in parola realizzerebbe una forma peculiare di lesione<sup>93</sup>.

Peraltro, a fronte di un'attenzione significativa della Corte EDU verso i fenomeni di negazionismo dell'Olocausto o degli altri crimini internazionali<sup>94</sup>, minore sembra, al momento, l'incidenza dell'aggravante oggi prevista dall'art. 604-*bis*, comma 3, c.p. nella giurisprudenza interna: può tuttavia segnalarsi la pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'imputato, condannato per il delitto di cui all'art. 604-*bis* c.p. aggravato ai sensi del comma 3, per aver avuto diffuso volantini, affisso striscioni e realizzato scritte che inneggiavano alla superiorità della razza bianca contro il giudaismo in Europa, negando l'Olocausto, proprio durante la celebrazione della Giornata della Memoria<sup>95</sup>, o la recente decisione con cui i giudici di legittimità hanno annullato senza rinvio la condanna per il reato di cui all'art. 2 della L. n. 205 del 1993, relativo all'ostentazione di simboli propri di organizzazioni aventi scopi discriminatori, ritenendo che la condotta dovesse essere qualificata piuttosto come propaganda di idee fondata sulla negazione, minimizzazione in modo grave o apologia della Shoah: nel caso di specie, si trattava di una donna che, nel corso di una manifesta-

le, 2011, 1, p. 32.

90 Come si ricordava, infatti, il successivo intervento in materia, realizzato con D.lgs. 3/2018, ha avuto il solo effetto di collocare, all'interno del codice, le fattispecie di reato già previste dalla legge, senza apportare ad esse alcuna modifica contenutistica.

91 E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 2, pp. 155 ss.

92 Il riferimento alla minimizzazione in modo grave e all'apologia, in realtà, appare il frutto di una modifica normativa intervenuta a pochi mesi dall'introduzione dell'aggravante, inizialmente concepita unicamente in termini di negazione, con l'art. 5 della L. 20 novembre 2016, n. 167, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea".

93 M.E. Salerno, sub art. 604-*bis*, cit., p. 2504.

94 P. Lobba, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 novembre 2016.

95 Corte di Cassazione, prima sezione penale, sentenza del 3 febbraio 2022 (ud. 19 novembre 2021), n. 3808.

zione pubblica, aveva indossato una maglietta che recava l'immagine e la dizione di "Auschwitzland", riprendendo lo stile del celebre logo del parco divertimenti Disneyland<sup>96</sup>.

## 7. Rilievi conclusivi: limiti e prospettive del diritto antidiscriminatorio penale

Alla luce delle considerazioni svolte, sono numerose le difficoltà che emergono nello studio e nell'applicazione delle fattispecie previste a tutela della pari dignità umana. In un settore delicato come quello della lotta alle discriminazioni, il diritto penale sconta, allo stato attuale, evidenti difetti: accanto ad una formulazione positiva non del tutto soddisfacente e ad un'oggettività di tutela che stenta a delinearsi con nettezza in tutte le figure esaminate, le evidenti fratture interne che connotano il panorama giurisprudenziale e dottrinale sembrano accentuare le criticità esaminate, nuocendo alla prospettiva di un'applicazione della disciplina efficace, ma pur sempre in linea con i principi su cui poggia il sistema.

Nonostante le difficoltà evidenziate, sembra però che il diritto penale sia chiamato a giocare un ruolo significativo nella costruzione di una società realmente integrata e tollerante; a dispetto delle obiezioni sollevate dalla dottrina in relazione al concetto di pari dignità umana, è infatti innegabile che i valori dell'uguaglianza e della non discriminazione pretendano oggi adeguata protezione da parte dello Stato, anche alla luce degli obblighi di incriminazione assunti dall'Italia sul fronte sovranazionale.

Nell'attesa di un intervento legislativo, che definisca con maggiore cura gli elementi più critici delle fattispecie in esame e che espunga dall'ordinamento le ipotesi di più dubbia compatibilità costituzionale, le riflessioni svolte dovrebbero indurre a favorire una selezione attenta delle condotte suscettibili di attivare la risposta penale, sì da costruire un diritto penale antidiscriminatorio che sia, al tempo stesso, capace di garantire una protezione effettiva alle vittime di discriminazione e compatibile con i canoni costituzionali che regolano la materia penale. Ad essere puniti *ex art. 604-bis* e *604-ter* c.p., in definitiva, dovrebbero essere solo i contegni effettivamente lesivi del bene tutelato, individuati sulla scorta di una valutazione in concreto, rispettosa dei principi di offensività, materialità e sussidiarietà dell'intervento penale ed attenta alla salvaguardia di eventuali contro-interessi in conflitto, tra cui assumono importanza evidente, nella materia di cui si tratta, valori quali la libertà di associazione e il diritto alla manifestazione delle proprie idee, cruciali per assicurare il corretto svolgimento della stessa vita democratica.

<sup>96</sup> Corte di Cassazione, prima sezione penale, sentenza del 12 dicembre 2023, n. 49346, con nota di L. Ricci, *La ridicolizzazione di Auschwitz sullo sfondo di una manifestazione neofascista*, in *Giur. It.*, 2024, 5, 1142.