Discriminazione e razzismo

Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile

di Marco Pelissero

Discriminazione e razzismo presentano oggi forme di manifestazione differenti rispetto al passato, per molti aspetti meno percepibili come disvalore, ma con effetti non meno pervasivi nell'attuale contesto sociale europeo caratterizzato dal riemergere di movimenti e gruppi neofascisti e neonazisti e dall'allentamento della memoria storica.
Discrimination and racism today present different forms of manifestation than in the past, for many profiles less perceptible as disvalue, but with no less pervasive effects in the current European social context characterized by the re-emergence of neo-fascist and neo-Nazi movements and groups and by the easing of historical memory.

Il dibattito che sta accompagnando il disegno di legge intitolato *Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere* (A.C. 107, A.C. 569, A.C. 868, A.C. 2171, A.C. 2255, testo unificato della Commissione giustizia della Camera del deputati del 14 luglio 2020 ed ora all'esame della Camera) ha nuovamente aperto la discussione sui limiti dell'intervento penale in un settore che, pur marginale sul piano della prassi applicativa, condizionata peraltro da una elevata cifra nera che nasconde purtroppo una fenomenologia criminale ben più ampia, rappresenta un terreno divisivo, anche sul versante delle opzione etiche di fondo, sui limiti del controllo penale e sul rischio di indebite limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero, come già accadde qualche anno fa in occasione della discussione sul d.d.l. Scalfarotto (*Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*, approvato dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013, S-1052) da cui prende corpo l'attuale disegno di legge.
A prescindere dall'interesse suscitato dai lavori parlamentari, vorrei sviluppare alcune riflessioni più ampie sul rapporto tra diritto penale, discriminazione e razzismo alla luce dell'evoluzione normativa e sociale delle forme di discriminazione. Il diritto penale italiano ha, infatti, avuto con queste questioni un rapporto controverso nel quale discriminazione e razzismo sono passati da valore da tutelare ad un disvalore condiviso da sanzionare.

Discriminazione e razzismo come valore

Discriminazione e razzismo hanno rappresentato un valore da tutelare in epoca fascista quando, in una delle pagine più buie della storia giuridica del nostro Paese, sono state approvate le c.d. leggi razziali (un coacervo di leggi, regolamenti, circolari approvato a partire dal 5 settembre 1938) e le meno note disposizioni di contrasto al madamato (L. 29 giugno 1939, n. 1004, in materia di *Sanzioni penali per la difesa del prestigio della razza di fronte ai nativi dell'Africa Italiana*). Nelle prime si era tradotto in forma normativa il razzismo a base biologica, supportato dal Manifesto della razza (5 agosto 1938), firmato da alcuni scienziati italiani un mese prima che cominciasse ad essere avviata la legislazione razziale, e da una politica fascista di appoggio al regime nazista nelle procedure di sterminio degli ebrei. Nelle disposizioni penali contro il madamato il legislatore aveva espresso una posizione di forte discriminazione nei confronti delle popolazioni autoctone delle colonie italiane con una *ratio* assimilabile a quella delle leggi razziali, perché il divieto del madamato, ben lungi dal voler tutelare le donne, spesso minori, vittime di queste prassi, era finalizzato a garantire il prestigio della razza, come indicava chiaramente l'intitolazione della legge.
Alla base di questi complessi normativi stava, dunque, una discriminazione razziale connotata da forti tratti di ghettizzazione e di esclusione che, nei confronti degli ebrei, si traduceva in annullamento sociale e in collaborazione allo sterminio fisico: se nella legge sul

madamato il diritto penale aveva un ruolo preminente nella prevenzione e repressione della consuetudine del rapporto *more uxorio* dei militari italiani con le amanti indigene, occupava invece una posizione marginale nelle leggi razziali rispetto all'ampiezza e complessità delle disposizioni amministrative che costituivano un fitto reticolo finalizzato ad escludere gli ebrei dagli ambiti politici, educativi, culturali, sociali e professionali (a sanzionare la violazione di divieti e prescrizioni intervenivano principalmente sanzioni amministrative, che oggi non esiteremmo a qualificare come sostanzialmente penali).
In questo primo periodo la discriminazione è l'effetto della politica razziale del regime: razzismo e discriminazione erano legati a doppio filo.

Discriminazione come disvalore condiviso

Con l'avvento della Costituzione discriminazione e razzismo diventano disvalori condivisi che trovano nell'art. 2 Cost. e nella XII disposizione transitoria e finale della Costituzione un chiaro referente di netta rottura rispetto al regime precedente. Già la L. 20 giugno 1952, n. 645 di attuazione della XII disp. (c.d. Legge Scelba) aveva individuati tra gli elementi costitutivi della riorganizzazione del disciolto partito fascista lo svolgimento di propaganda razzista, con ciò che ne consegue in ordine all'applicabilità dei delitti di costituzione o partecipazione ad associazioni o movimenti aventi le caratteristiche indicate (art. 2) o dei delitti di apologia di fascismo o manifestazioni fasciste (artt. 4-5).
È poi seguita la L. 13 ottobre 1975, n. 654, di ratifica della convenzione di New York del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, che ha introdotto le fattispecie incriminatrici di propaganda per motivi razziali, di discriminazione per motivi razziali, nazionali o etnici, e di associazione aventi i predetti scopi. Successivamente ha completato il quadro della tutela il D.L. 26 aprile 1993, n. 122 conv. in L. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. Legge Mancino): ampliamento alla propaganda fondata sull'odio etnico; estensione della discriminazione alla motivazione religiosa; introduzione del reato di manifestazioni razziste (art. 2) e di una circostanza aggravante comune ad effetto speciale sottratta al giudizio di bilanciamento applicabile ai reati commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3); rafforzamento del trattamento sanzionatorio sul versante di speciali pene accessorie.
Il complesso normativo che si è così stratificato ha posto problemi interpretativi sugli elementi differenziali tra fattispecie in parte sovrapponibili ad una realtà socio-criminologica che vede spesso formazioni neofasciste e razziste avere confini labili. In particolare, in presenza manifestazioni a contenuto razziale, riconducibili sia al delitto di manifestazioni fasciste (art. 4, L. n. 645/1992) che all'omologa fattispecie prevista dalla Legge Mancino (art. 3, L. n. 205/1993), la giurisprudenza ha valorizzato la diversità tra i beni giuridici tutelati dalle due leggi, applicando il reato di manifestazioni fasciste solo in presenza di condotte idonee alla ricostituzione del partito fascista, lasciando all'art. 2, L. n. 205/1993 i casi nei quali la manifestazione esteriore o l'ostensione di emblemi propri o usuali di organizzazioni razziste non sono idonee a costituire una formazione neofascista. Questa sovrapposizione normativa andrebbe superata: non è, infatti, agevole tracciare in concreto la distinzione tra le due fattispecie; il giudizio di idoneità di una manifestazione fascista alla ricostituzione del partito è prevalentemente negativo e, laddove effettivamente sussistente, si accompagna ad altri elementi che denotano già gli estremi della fattispecie di promozione; sono presenti profili di irragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie, in quanto le manifestazioni fasciste, arricchite nel diritto vivente dall'elemento dell'idoneità alla ricostituzione del partito fascista, sono punite con una pena inferiore nel massimo edittale rispetto alle manifestazioni razziste. Di fatto è già la giurisprudenza ad avere decretato la marginalità della Legge Scelba rispetto alle disposizioni repressive del razzismo.
Nella stessa prospettiva di valorizzazione della discriminazione come valore condiviso si colloca anche la scelta del legislatore delegato in sede di attuazione del principio di riserva di codice (D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21) di trasferire nel codice penale agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* alcune disposizioni incriminatrici e la circostanza aggravante contenute nelle leggi del 1975 e del 1993, costituendo la nuova sezione dei *Delitti contro l'uguaglianza* (Sez. I-*bis* inserita tra i delitti contro la libertà individuale). Sebbene l'operazione normativa non vada oltre la ricollocazione sistematica di alcune fattispecie (la disciplina rimane pertanto spezzata tra disposizioni codicistiche e legislazione complementare), è indubbia l'intenzione di valorizzare l'uguaglianza, quale nuovo bene giuridico tutelato.

Discriminazione e razzismo come disvalori relativi e bilanciabili

In questo contesto normativo che esprime una chiara posizione valoriale, si è sviluppata una diversa

percezione del razzismo e delle condotte discriminatorie. Se continuassimo a porci nella prospettiva del razzismo biologico, che si fondava sulla connessione deterministica tra caratteristiche biologico-somatiche ed elementi culturali, il razzismo e la discriminazione continuerebbero a rappresentare quel disvalore condiviso sul quale si è progressivamente costruita l'attuale disciplina penale repressiva e preventiva. È invece mutato il quadro sociologico con il quale le norme penali devono necessariamente confrontarsi, perché viviamo in un'epoca nella quale razzismo e discriminazione sono diventati disvalori relativi e bilanciabili. In che termini e con quali effetti?

Anzitutto la discriminazione è diventata un disvalore relativo per almeno tre fattori che hanno interessato l'oggetto del razzismo e della discriminazione: il passaggio dal razzismo biologico a quello culturale; la differenziazione tra discriminazione sulle qualità o sui comportamenti; la pluralità delle ragioni a base della discriminazione.

Il primo fattore che ha relativizzato il disvalore del razzismo è stato l'abbandono del razzismo biologico. Acquisita l'inconsistenza del fondamento scientifico delle razze umane, intese come espressione di connessioni rigide tra componenti biologici e fattori culturali, e la consapevolezza che la razza è una costruzione sociale artificiosa fondata sul pregiudizio e finalizzata a produrre marginalizzazione, subordinazione e ghettizzazione (Cavalli Sforza, Levi-Strauss), il fattore di discriminazione oggi non si gioca più sul piano biologico, ma su quello culturale, peraltro talvolta non disgiunto dal rigurgito di profili vetero-biologici. Si sviluppa così una forma di neorazzismo su basi culturali che riesce ad attecchire in modo pervasivo attraverso quella che Francesco Remotti chiama "ossessione identitaria": il mito dell'identità e della tradizione autoctona, il richiamo ad un passato rielaborato alla luce delle esigenze del presente consolidano la contrapposizione rispetto a chi si ritiene essere Altro a fronte di chi costruisce l'identità. In tal modo la discriminazione si alleggerisce del peso storico del razzismo biologico, presentandosi come disvalore incerto, perché incerti ne sono i confini non più definiti da una tranquillizzante indicazione scientifica, per quanto abnorme e infondata fosse, ma rimessi al fattore culturale. Questo processo di mutamento delle forme del razzismo si è accentuato da quando l'Europa occidentale è stata costretta a confrontarsi con i fenomeni migratori di massa: il razzismo si associa alla xenofobia.

Il secondo fattore è costituito da una corrente giurisprudenziale che, ai fini dell'applicazione della disciplina penale, interpretata in senso restrittivo la discriminazione razziale, includendovi solo le forme di discriminazione fondate sull'offesa al gruppo in quanto tale e non anche quelle che si fondano sui comportamenti tenuti dagli appartenenti allo stesso: in sintesi, una propaganda contro gli zingari in quanto tali sarebbe diversa da quella che avesse ad oggetto i reati commessi dagli appartenenti ad etnia rom: "un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso" (Cass. Pen., Sez. III, n. 13284/2008). Se non che i due profili, qualità del gruppo e comportamenti degli appartenenti allo stesso sono spesso difficili da scindere, perché l'accento posto sui comportamenti realizzati da singoli, una volta che questi siano collegati al gruppo in quanto tale, finisce per veicolare pregiudizi discriminatori che toccano direttamente l'identità collettiva: così, i furti commessi da alcuni rom si sintetizzano nell'espressione "gli zingari rubano" che è un (pre) giudizio sul gruppo in quanto tale (correttamente evidenzia la sovrapposizione di piani Cass. Pen., Sez. III, n. 36906/2015).

Il terzo fattore, infine, è costituito dalla pluralità delle ragioni alla base della discriminazione: se il razzismo è sempre discriminatorio, non tutte le condotte discriminatorie hanno un fondamento razziale, come ha ben compreso il legislatore ampliando la rilevanza penale alle condotte motivate da fattori nazionali, etnici o religiosi.

Razzismo e discriminazione sono, però, al contempo disvalori bilanciabili che godono di una tutela compressa in ragione della prevalenza riconosciuta ad altri interessi.

Quando il razzismo e la discriminazione sono assunti ad elemento del discorso pubblico (*hate speech*), entrano in collisione con la libertà di manifestazione del pensiero che costituisce il guardiano della democrazia, come ci ricorda da ultimo la Corte costituzionale (Corte cost., ord., n. 132/2020): sul punto, la dottrina è divisa tra le posizioni più liberali che invocano la necessità di uno spazio pubblico di riflessione e scontro libero da vincoli (soprattutto se penali) e coloro che sono più favorevoli a riconoscere la plausibilità dell'intervento penale rispetto ai discorsi d'odio; una posizione, quest'ultima, che trova favorevole anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che considera il discorso d'odio una legittima compressione della libertà di espressione convenzionalmente tutelata (v. Corte EDU 9 febbraio 2012, *Vejdeland c. Svezia* e *Lilliendahl c. Islanda*, 12 maggio 2020, n. 29297/18, entrambe sui discorsi

d'odio nei confronti delle persone omosessuali, ma il ragionamento è estensibile alle altre forme di *hate speech*). Si spiega così il tentativo della L. 24 febbraio 2006, n. 85 di contrarre l'ambito della tutela penale per dare maggior spazio alla libertà di espressione a contenuto razzista o discriminatorio, sostituendo nella L. n. 654/1975 il verbo "diffondere" (le idee fondate sulla superiorità o sull'odio etnico o razziale) con quello di "propagandare" ed il verbo "incitare" (ad atti di discriminazione) con "istigare": un tentativo fallito, considerato che la dottrina prevalente e la giurisprudenza hanno evidenziato che il mutamento linguistico non ha prodotto alcun effetto sull'ambito di estensione delle norme penali.
Più recentemente, le posizioni estreme si sono palesate in sede di approvazione della legge sul negazionismo (L. 16 giugno 2016, n. 115) che si è tradotta in una soluzione compromissoria che ha ridotto la *Auschwitzlüge* ad una circostanza aggravante dei reati di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, di istigazione o incitamento ad atti di discriminazione. Oggi il dibattito torna a dividere la dottrina e le posizioni politiche in relazione all'estensione degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c. p. ai reati di violenza o discriminazione per motivi di, sesso, genere, orientamento sessuale o identità di genere: la libertà di manifestazione del pensiero è ora invocata tanto dai sostenitori di un pensiero autenticamente liberale (contrario all'impostazione della disciplina penale del 1975-1993) tanto da coloro che sono condizionati da una chiara pregiudiziale etica sulle questioni relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Ora, proprio il timore che possa essere compressa la libertà di manifestazione del pensiero ha portato a proporre un emendamento del seguente tenore: "ai fini della presente legge sono consentite la libera espressione di convincimenti ed opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee e alla libertà delle scelte". Si tratta di un emendamento forse politicamente necessario per portare il disegno di legge in discussione in assemblea, ma del tutto inutile, in quanto non dice nulla di più di quanto è già evincibile dall'art. 21 Cost., al quale la giurisprudenza costantemente guarda quando la libertà di espressione entra in conflitto con altri beni di rilevanza costituzionale.
Quando, invece, razzismo e discriminazione diventano la motivazione del reato (*hate crime*) gli argomenti contrari alla rilevanza penale del fattore emotivo sono ricercati nei principi che limitano le scelte di politica criminale: il principio di offensività o, nella prospettiva di Feinberg, l'*harm principle*; il principio di proporzione e sussidiarietà, in forza della ritenuta sufficienza, in molti casi, di fattispecie a tutela di beni giuridici individuali; l'inefficacia preventiva e repressiva della risposta penale.

Discriminazione e razzismo: un diritto penale fragile, ma plausibile

Nel contesto che ho succintamente descritto quale ruolo può essere riservato al diritto penale nel contrasto alle forme di razzismo e discriminazione? Siamo in un ambito di intervento particolarmente delicato in ragione della pluralità degli interessi coinvolti. A mio avviso le scelte di politica criminale si giocano in termini di ragionevolezza dell'intervento penale.
Pur accogliendo una prospettiva liberale in merito alle scelte di politica criminale nella tutela dei beni giuridici e pur essendo favorevole ad un ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, sui temi della discriminazione e del razzismo il diritto penale conserva uno spazio ragionevole di controllo, a prescindere da vincoli sovranazionali che hanno imposto al legislatore italiano di intervenire nel 1975 e, più recentemente, con la legge sul negazionismo. In quest'ambito il diritto penale diventa strumento di tutela contro forme di razzismo e di discriminazione che violano il rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati e che rappresenta una specificazione della dignità dell'altro che deve rimanere punto fermo nei rapporti interpersonali. Il rapporto di riconoscimento dell'altro consente di valorizzare il significato della dignità umana nella sua dimensione sociale. La dignità qui non rileva nei termini della percezione soggettiva che ognuno ha della propria dignità, né come tutela del gruppo discriminato in quanto tale: intendo piuttosto fare riferimento alla dimensione intersoggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni individuo, al quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esplicare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali la stessa si colloca. Non è, dunque, una scelta di politica criminale contrastante con il principio di offensività in astratto.
La centralità di questo bene, anche ai fini della tutela penale, trova il proprio referente costituzionale nell'art. 2 Cost. e diventa essenziale nell'attuale società pluralista, nella quale convivono modelli culturali e codici morali diversificati; diventa tanto più importante a fronte delle forme di neorazzismo che sono meno appariscenti di quello biologico, ma non meno pervasive e capaci di inficiare il rispetto dei diritti

umani e indebolire la solidarietà sociale, un rischio che si fa più alto con l'allentamento della memoria storica delle tragedie a cui ha condotta il razzismo nel secolo passato.

Nel contesto storico e sociale attuale, ritengo che sia giustificata la repressione penale della propaganda fondata sull'odio razziale ed etnico; così come mi paiono del tutto ragionevoli le scelte di incriminazione relative alle condotte penalmente rilevanti fatte nel 1975-1993 ed oggi cristallizzate nei delitti contro l'uguaglianza. Che la libertà di espressione possa essere compressa in presenza dei discorsi d'odio trova un forte avallo nella recente ordinanza con la quale la Corte costituzionale, rimettendo al Parlamento la revisione delle pene per il reato di diffamazione a mezzo stampa in modo da prevedere pene non detentive, nonché rimedi civilistici e sanzioni disciplinari, ha espressamente disposto che "il legislatore potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio" (Corte cost., ord., n. 132/2020).

Proprio alla luce del contesto storico e sociale che stiamo vivendo, è del tutto ragionevole il disegno di legge che intende estendere l'ambito di applicazione degli artt. 604-*bis* e 604-*ter*: genere, orientamento sessuale e identità di genere, al pari del colore della pelle o dell'appartenenza etnica, fanno parte dell'identità, non modificabile, di una persona (non a caso i giudici di Strasburgo considerano "la discriminazione basata sull'orientamento sessuale grave come quella fondata su razza, origine o colore": da ultimo v. *Lilliendahl c. Islanda*, cit.).

Di questo testo non tutto mi convince, ad esempio la menzione delle ragioni di genere accanto a quelle fondate sul sesso, sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, perché mi riesce difficile comprendere, alla luce della necessaria tassatività della fattispecie penale, in cosa il genere si differenzi dalle altre cause di discriminazione (sarebbe preferibile eliminare il riferimento al sesso, in quanto è già consolidato nella nostra legislazione che il termine genere includa la differenza sessuale). È importante però che il testo giunto all'esame dell'assemblea parlamentare affronti in modo ampio il tema della discriminazione, non limitandolo all'omo-transfobia, ma prendendo più ampiamente in considerazione la discriminazione e la violenza di genere. Vedremo quale sarà lo sviluppo del testo in sede di discussione parlamentare, tuttavia, l'approvazione di una legge che estende la dignità tutelabile a questi profili darebbe un chiaro segnale di contrasto alla violenza di genere e metterebbe il nostro ordinamento in linea con le indicazioni dell'Unione europea sensibile al superamento delle discriminazioni (v. la Dir. 2012/29/UE), con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e con le scelte già fatte da altri Paesi europei.

Attraverso i suoi precetti il diritto penale svolge un ruolo di affermazione simbolica di un limite che non deve essere valicato a tutela della dignità della persona e che funge da importante orientamento culturale dei consociati; piuttosto è sul versante del trattamento sanzionatorio che dovrebbero essere lasciati più ampi spazi a forme di mediazione e di giustizia riparativa, che, peraltro, già oggi in parte possono essere attivate attraverso la sospensione del processo con messa alla prova (opportunamente valorizzato dal disegno di legge innanzi citato).

Soprattutto, però, di fronte alle forme di razzismo e di discriminazione, anche nella prospettiva di ampliamento che si va profilando, dobbiamo essere consapevoli del fatto che ci misuriamo con un diritto penale fragile, la cui legittimità si giustifica solo in un contesto integrato di interventi educativi, culturali e sociali (sul punto il disegno di legge indicato implementa le misure preventive di contrasto alle diseguaglianze) che possono contenere, risolvere forse mai, questioni complesse che sono anzitutto sociali ed antropologiche.