

dott. MARIO LA ROSA  
Assegnista di ricerca nell'Università di Messina

## I “CRIMINI CONTRO L’OSPITALITÀ”: VECCHI E NUOVI PARADIGMI DI DIRITTO PENALE

*Ospitare l'altro presso di sé, tollerare la presenza dei senza terra, dei senza dimora, su un “suolo ancestrale”, così gelosamente – così malvagiamente – amato, è questo il criterio dell'umano? Incontestabilmente.*

LÉVINAS, *À l'heure des nations*, Paris, 1988, 114.

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Identità al singolare o al plurale? – 2. I “crimini contro l’ospitalità”. – 3. Vecchi paradigmi: le “misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”. - 3.1. Gli immutati profili di criticità dell’art. 3, legge n. 654/75, alla luce della riforma dei reati di opinione. - 3.2. L’aggravante della “finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso”. - 3.3. Le recenti applicazioni giurisprudenziali: anche esse discriminatorie? – 4. Nuovi paradigmi: il c.d. “pacchetto sicurezza” tra illegittimità costituzionale e comunitaria. - 4.1. L’espulsione dello straniero *ex art. 235 c.p.* - 4.2. La circostanza aggravante di cui all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p. – 5. Conclusioni.

### *Introduzione*

Recenti fatti di cronaca hanno riportato in primo piano il tema dell’integrazione: il raduno anti-islamico di Colonia<sup>1</sup>, l’uccisione “per futili motivi” di Abdoul Salam Guiebre avvenuta a Milano, la strage di Castelvoturno ad opera dei Casalesi, per finire con le ripetute manifestazioni di violenza nei confronti di rom e romeni<sup>2</sup>. Dietro questi episodi si nasconde un profondo e radicato disprezzo per chi è di razza, religione, cultura diversa dalla “nostrana”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Opportunamente boicottato non solo dagli esercizi di ristorazione dietro lo slogan “niente birra per i nazisti”.

<sup>2</sup> Per un resoconto degli episodi degli ultimi mesi v. BONINI, *Il microrazzismo quotidiano*, *La Repubblica*, 25 ottobre 2008, 43 ss.

<sup>3</sup> Le frasi ingiuriose “macché moschee, gli immigrati vadano a pregare e pisciare nel deserto”, “negri di merda”, “sporco negro”, sottintendono un sottile pensiero condiviso e riassunto

Il clima nel quale si vive, l'aria che si respira fungono da vera e propria "incubatrice del razzismo"<sup>4</sup>; occorre porvi un argine che non è solo di natura politico-istituzionale, ma anche e soprattutto culturale<sup>5</sup>, altrimenti si corre il rischio "di passare da una società multirazziale a una società multirazzista"<sup>6</sup> o, in altri termini, ad un "razzismo istituzionale e civile"<sup>7</sup>.

L'odio, l'avversione verso chi è straniero possono dipendere da vari fattori. Così, «esiste una xenofobia che è il risvolto di un fanatismo nazionalista, come nel fascismo, ed esiste un razzismo invidioso come quello antisemita, che è al tempo stesso un modello e un'eccezione agli altri razzismi: ma quello del nostro mondo privilegiato, invecchiato e persuaso d'essere democratico, è la paura e la rabbia per una povertà giovane e selvaggia. Esattamente quella che gli italiani migranti, "oliva", incarnavano agli occhi degli americani "bianchi"»<sup>8</sup>. Parole che ben riassumono le plurime radici dell'intolleranza verso chi è straniero e denunciano altresì la smemoratezza, più o meno consapevole, di chi siamo stati noi, italiani, nelle persone dei nostri padri<sup>9</sup>. Allo stesso modo, il diffuso disprezzo verso gli zingari, tanto da farne un vero e proprio "caso"<sup>10</sup>, trova una sua giustificazione antropologica nella fissità, nell'immobilismo dell'uomo occidentale, il cui orizzonte non collima con quello del nomade<sup>11</sup>.

La chiave di volta per superare quest'incomunicabilità tra due mondi fisicamente così vicini, di fatto così separati, sta tutta nel mettersi nei panni dell'altro, nel pensare che non è un "selvaggio" da civilizzare<sup>12</sup>, ma una persona

nel vecchio detto meneghino "*minga sùn mi che sùn rasista, lè lù che lè negher!*". Così PIRANI, "*Mica sono io il razzista, è lui che è negro*", *La Repubblica*, 22 settembre 2008, 21.

<sup>4</sup> RODOTÀ, *L'incubatrice del razzismo*, *La Repubblica*, 23 settembre 2008, 31.

<sup>5</sup> RICCARDI, *Convivere*, Roma-Bari, 2006, 135, sottolinea come «ci troviamo innanzi ad un fenomeno straordinario di cui va presa viva coscienza: mai nella storia gli uomini e le donne sono stati così alfabetizzati come ai nostri tempi, quindi comunicatori e potenzialmente fruitori di idee nuove e di cultura... (...) "di una cultura condivisa"».

<sup>6</sup> Così ALLAM, *La solitudine dell'occidente*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 173.

<sup>7</sup> L'espressione è di PROSPERI, *Il vento della violenza*, *La Repubblica*, 27 settembre 2008, 35, il quale denuncia la scarsa attenzione dell'informazione per la morte di Marian Danilà, ragazzo romeno di 14 anni, morto carbonizzato a Sesto San Giovanni.

<sup>8</sup> SOFRI, *St, gli zingari eravamo noi*, *La Repubblica*, 8 giugno 2008, 29.

<sup>9</sup> Per un affresco di storie di italiani migranti v. STELLA, *Odissee*, Milano, 2004.

<sup>10</sup> In argomento v., di recente, AA.VV., *Il caso zingari*, a cura di IMPAGLIAZZO, Milano, 2008.

<sup>11</sup> AIME, *Gli specchi di Gulliver*, Torino, 2006, 12, afferma: "i nomadi, visti dall'immobilità di una casa, ci appaiono sfuggenti, fuori luogo, precari sempre, come se mancasse loro qualcosa".

<sup>12</sup> TODOROV, *La peur des barbares*, Paris, 2008. Nel considerare la "barbarie" contrapposta alle "civiltà", l'A. rileva come l'essere o meno "barbaro" si risolve in una questione di "punto di vista". La barbarie, infatti, rappresenta un tratto dell'essere umano, pertanto è illusorio sperare

di cui si ha bisogno per definire meglio se stessi<sup>13</sup>. Identificarsi con lo straniero aiuta a comprenderne meglio l'umanità e la complessità, ed elimina la diffusa abitudine di guardare a lui solo come ad un problema<sup>14</sup>. Emblematica, in tal senso, è la storia di Ashley Baia, ripresa da Barack Obama nell'intervento, ormai celebre, a Philadelphia<sup>15</sup>. Ashley, giovane bianca di 23 anni, sostenitrice della campagna elettorale del neo presidente degli Stati Uniti, a soli nove anni si è trovata a dover assistere la madre ammalatasi di cancro, la quale, poco dopo, perse il lavoro e successivamente anche l'assistenza sanitaria.

«Durante la tavola rotonda spiegò che appoggiava la nostra campagna per sostenere i milioni di bambini americani che desiderano aiutare i loro genitori e si trovano nella necessità di farlo.

Ashley avrebbe potuto fare una scelta diversa. Probabilmente in più di un'occasione si è sentita dire che la causa dei problemi di sua madre sono i neri che vivono dell'assistenza sociale e sono troppo pigri per lavorare, oppure gli ispanici che entrano illegalmente in America. Ma lei non ci ha creduto: ha cercato invece alleati nella sua lotta contro l'ingiustizia»<sup>16</sup>.

che un giorno finalmente scompaia. Non sono le persone o i popoli ad essere "barbari" o "civili", piuttosto lo sono i comportamenti o gli atteggiamenti degli esseri umani. L'A. afferma che "il barbaro non è assolutamente colui che crede che la barbarie non esiste, è piuttosto colui che crede che una popolazione o un essere umano non fanno parte a pieno titolo dell'umanità e che, per questo, meritano un trattamento che egli si rifiuterebbe in modo assoluto di applicare a se stesso" (p. 79). In questa chiave di lettura è possibile individuare un punto fermo: "il contrario della barbarie è praticare l'ospitalità" (p. 32). Guardare attraverso gli occhi di un altro è un modo di distaccarsi dal "fondo della barbarie" per avvicinarsi "all'orizzonte della civiltà" (p. 40).

<sup>13</sup> Il saggio di BIANCHI, *Ero straniero e mi avete ospitato*, Milano, 2006, si apre con un pensiero del poeta Jabès, *Uno straniero con, sotto il braccio, un libro di piccolo formato*, Milano, 1991, pp. 11 e 61, che ben sintetizza quanto affermato in testo: «Lo straniero ti permette di essere te stesso, facendo di te uno straniero. (...) La distanza che ci separa dallo straniero è quella stessa che ci separa da noi. La nostra responsabilità di fronte a lui è dunque solo quella che abbiamo verso noi stessi. E la sua? La nostra stessa»; o, ancora, con altre parole, «lo straniero ci abita: è la faccia nascosta della nostra identità (...). Lo straniero è in noi stessi. Se noi fuggiamo lo straniero e lo combattiamo, noi combattiamo contro il nostro inconscio (...). Lo straniero vive in me, dunque noi tutti siamo stranieri». Così, testualmente, KRISTEVA, *Étrangers à nous-mêmes*, Paris, 1988, pp. 9, 283-284, ancora citata da BIANCHI, op. cit., 113.

<sup>14</sup> SPINELLI, *Ricordati che eri straniero*, Magnano (BI), 2005, 10 ss., rileva come nel porre allo straniero domande quali "che ne è della tua giustizia? Dei tuoi diritti e dei tuoi doveri? Del tuo stato? Delle tue norme giuridiche?", noi non facciamo altro che rivolgerle a noi stessi. «A lui dobbiamo il riesame di quel che siamo ma anche l'opportunità di mettere una certa distanza fra noi e le nostre certezze, di scoprirci potenzialmente estranei noi stessi al mondo».

<sup>15</sup> OBAMA, *Sulla razza*, Milano, 2008.

<sup>16</sup> OBAMA, op. cit., 59.

Non si tratta di imporre qualcosa con la forza, certi di possedere un'idea di bene cui chi è diverso da noi deve soggiacere, la c.d. "tentazione del bene"<sup>17</sup>, quanto piuttosto di "viaggiare"<sup>18</sup> verso l'altro. «Nel conoscere, nel comporre alterità, connessioni, distanze, prossimità e meticciami, si esercita quell'arte del convivere, frutto di realismo politico e di speranza umana e religiosa. È il realismo di fronte ad un mondo al plurale. È la speranza che non si ripeta l'impazzimento della pluralità del conflitto. È la realizzazione di una civiltà fatta di tante civiltà – se si vuole usare quest'espressione – o di tanti universi culturali, religiosi e politici»<sup>19</sup>, che è "l'idea del nostro tempo"<sup>20</sup>.

L'umanità vive e si nutre proprio della presenza di un altro diverso da me<sup>21</sup>. Non è un caso che il termine *xénos* in greco assuma una duplice veste: sta ad indicare ora l'estraneo, ora l'amico<sup>22</sup>.

Per fare questo passo occorre vincere la paura di cui è affetto il paese Italia<sup>23</sup>, e non solo, prendendo maggiore consapevolezza della fonte della paura<sup>24</sup>. Non sono gli altri la ragione delle nostre insicurezze, ma è il momento

<sup>17</sup> TODOROV, *Memoria del male, tentazione del bene*, Milano, 2001.

<sup>18</sup> MAGRIS, *L'infinito viaggiare*, Milano, 2005, XIII, "viaggiare non vuol dire soltanto andare dall'altra parte della frontiera, ma anche scoprire di essere sempre pure dall'altra parte".

<sup>19</sup> Così, efficacemente, RICCARDI, *Convivere*, cit., 156.

<sup>20</sup> L'espressione è, ancora, di RICCARDI, *Paolo uomo dell'incontro*, Milano, 2008, 59.

<sup>21</sup> ALLAM, *La solitudine*, cit., 142.

<sup>22</sup> Lo rileva opportunamente, ancora, BIANCHI, op. cit., 113 s. SPINELLI, op. cit., 16 ss., invece, richiama la dicotomia straniero e nemico, riassunta nell'unico termine latino *hostis*, che, secondo lo stesso Cicerone, ha perduto il suo originario significato di "forestiero" per assumere quello di "colui che porta la guerra", il nemico pubblico. È interessante la chiave di lettura proposta dall'A., la quale vede nello straniero di oggi, non il mero ospite/pellegrino, ma il "nemico interno", ossia il migrante che vive appieno nella nostra società e ci interpella in qualità di titolare di diritti che reclama anche in terra straniera.

<sup>23</sup> DIAMANTI, *La metà del paese ostaggio della paura*, *La Repubblica*, 6 novembre 2007, 25; ZANUTTINI, *Ecco perché Roma teme gli immigrati molto più delle altre capitali mondiali*, *il Venerdì di Repubblica*, 19 settembre 2008, 20 ss. V., tuttavia, il recente Rapporto Demos che segnala come dopo le elezioni l'oggetto della paura sia mutato, il connubio criminalità comune/immigrazione ha "perso terreno" (la criminalità comune è ritenuta fonte di insicurezza dal 31% degli italiani (nel 2007 dal 40%), l'immigrazione dal 36% (nel 2007 dal 51%). Adesso "fa più paura" la crisi economica. Il merito di questa contrazione della paura riferita alla relazione criminalità comune/immigrazione è da attribuirsi alla televisione. Nell'anno in corso, infatti, gli sbarchi sulle nostre coste sono aumentati. Ciò dimostrerebbe come "non sono i fatti ad aver cambiato le opinioni... ma le opinioni si sono separate dai fatti". Così DIAMANTI, *Come si fabbrica l'insicurezza*, *La Repubblica*, 23 novembre 2008, 18. Sul punto v., altresì, POLCHI, *Contrordine la paura è svanita*, ibidem, 22 novembre 2008, 1 e 21.

<sup>24</sup> BAUMAN, *Paura liquida*, 4ª ed., Bari-Roma, 2008.

storico nel quale viviamo ad ingenerare un senso di disorientamento che ci porta a facili semplificazioni e soluzioni, per cui straniero è sinonimo di delinquente e, di conseguenza, minore immigrazione equivale a maggiore sicurezza<sup>25</sup>. Si tratta di una semplificazione che tradisce la stessa realtà delle cose. Paradossalmente invociamo sicurezza in una società tra le più sicure, perché confondiamo la sicurezza con uno stato psicologico di sostanziale turbamento determinato dal constatare evoluzioni, cambiamenti nell'ambiente che ci circonda e che vorremmo immobile, sempre uguale a se stesso<sup>26</sup>. Purtroppo facciamo fatica a relazionarci con un mondo più complesso di quanto si creda ed al tempo stesso ricerchiamo soluzioni semplici, immediate, senza fare tesoro della storia, che insegna come, proprio nei momenti di crisi sociale, lo Stato nazionale sfoghi la sua ansia di maggiore sicurezza sulle popolazioni nomadi<sup>27</sup>.

### 1. *Identità al singolare o al plurale?*

Il termine "globalizzazione"<sup>28</sup> forse più di altri definisce il tempo nel quale viviamo e rimanda all'immagine di un mondo pieno di connessioni di varia natura, umana, informatica, logistica. In tale contesto, apparentemente votato ad una maggiore integrazione, riemergono con vigore forze identitarie che nell'affermare la loro purezza finiscono per emarginare "l'impuro", quando addirittura non lo distruggono con il ricorso alla violenza. Tale separazione si riflette come un *boomerang* sul paese accogliente. Si pensi, per tutti, ai noti episodi nelle *banlieus* parigine o agli attentati londinesi, entrambi avvenuti nel

<sup>25</sup> RICCARDI, *Introduzione a Il caso zingari*, cit., 9 ss.; e diffusamente ID., *Convivere*, cit., 126 ss.

<sup>26</sup> URBINATI, *Se i governi alimentano le paure dei cittadini*, *La Repubblica*, 8 ottobre 2008, 38.

<sup>27</sup> Sempre attuale il racconto di CHATWIN, *Le vie dei canti*, 13<sup>a</sup> ed., Milano, 2007.

<sup>28</sup> Per tutti BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, 11<sup>a</sup> ed., Bari-Roma, 2008.

Nota RICCARDI, *Paolo*, cit., 32 ss., come, sebbene con tale termine s'intenda riferirsi ad un particolare momento storico che si apre con la caduta del muro di Berlino, la fine dell'impero sovietico, l'affermazione del libero mercato e l'abbattimento delle frontiere, non si tratti della "prima globalizzazione della storia". Invero, ogni impero ha in sé l'anima "buona" della globalizzazione. Si pensi, per tutti, all'impero romano che ha fatto delle "vie di comunicazione" una delle sue priorità, e che ben esemplifica la realtà al plurale (di lingue, culture) che connota il mondo "globale" di oggi. Mentre allora "vigevo una politica inclusivista verso gli stranieri",...oggi, "in un mondo esposto a tutti i venti, non si vive nudi e senza identità", ma la si afferma in modo aggressivo, secondo la logica dell'uno contro l'altro e non dell'uno accanto all'altro.

2005, che hanno visto come protagonisti giovani nati e cresciuti in Francia e in Inghilterra<sup>29</sup>; o, ancora, alle recenti manifestazioni di protesta promosse dagli immigrati, in seguito alla strage di Castelvoturno. Accanto al razzismo sta nascendo un altro fenomeno: “la rabbia nera”<sup>30</sup>.

Non ci si rende conto che «ogni identità, anche nazionale, non coincide con le sue frontiere, ma si colloca in un tessuto più grande e conosce al suo interno varie composizioni»; ecco perché «...l'omogeneità e la purezza sono spesso un'invenzione, come quella che ha preceduto la nascita o l'identificazione di alcune nazioni»<sup>31</sup>. È questa l'esperienza di molti paesi europei nei quali si contano già tre generazioni di immigrati, su tutti la Germania e la Francia.

Per tale ragione non risponde a verità parlare di identità al singolare<sup>32</sup>, ma piuttosto occorre porsi la seguente domanda: «siamo più fedeli all'identità di una cultura coltivando la differenza da sé (con sé) che costituisce l'identità oppure mantenendo l'identità in cui questa differenza si mantiene, insieme con le altre?»<sup>33</sup>.

Una risposta che sia credibile deve necessariamente provenire da un'umanità che in sé è espressione di più nazionalità, lingue, culture, pertanto è condivisibile il pensiero di Amin Malouf, scrittore libanese trasferitosi successivamente in Francia, il quale afferma che «l'identità non si suddivide in compartimenti stagni, non si ripartisce né in metà, né in terzi. Non ho parecchie identità, ne ho una sola, fatta di tutti gli elementi che l'hanno plasmata, secondo un “dosaggio” particolare che non è mai lo stesso da una persona all'altra. (...) L'identità non è data una volta per tutte, si costruisce e si trasforma durante tutta l'esistenza»<sup>34</sup>. Non a caso, spesso, si assiste ad un mutamento di identità, nel senso che uno stesso soggetto in un dato momento storico si identifica più con una parte di sé, per esempio la religione, e successivamente

<sup>29</sup> ALLAM, *La solitudine*, cit., 127 s., definisce tali ragazzi “prodotto della generazione *borderline*”, che, vivendo in un società nella quale assistono impotenti a corruzioni, atti autoritari, disoccupazione, disuguaglianze, finiscono per trovare una risposta al loro bisogno di “scuotere l'ordine costituito”, una loro identità proprio nell'appartenenza a gruppi integralisti di matrice islamica. Così, anche, MALOUF, *L'identità*, 2ª ed., Milano, 2002, 100.

<sup>30</sup> Così LERNER, *L'infedele*, 29 settembre 2008.

<sup>31</sup> Così RICCARDI, *Convivere* cit., 62.

<sup>32</sup> SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, 20 ss. Da ultimo, TODOROV, *La peur*, cit., 82 ss.

<sup>33</sup> DERIDDA, *L'autre cap*, Paris, 1991, 17.

<sup>34</sup> MALOUF, *L'identità*, cit., 8 e 29.

cambia prospettiva prediligendo affermare la sua appartenenza ad una data nazione<sup>35</sup>.

## 2. I “crimini contro l’ospitalità”

Questa formula si pone alla nostra attenzione considerando in primo luogo la riflessione di Khaled Fouad Allam<sup>36</sup>, il quale, a sua volta, si muove sulle orme di Lévinas<sup>37</sup>, ormai un “classico” contemporaneo sull’importanza dell’alterità e, dunque, dell’ospitalità<sup>38</sup>.

Già dopo la prima guerra mondiale, e in modo più marcato dal secondo dopoguerra, migranti, rifugiati, esiliati, in tutto il mondo, invocano la concessione di uno spazio da parte del paese ospitante. Tale richiesta non è unicamente volta all’ottenimento di luoghi fisici nei quali insediarsi, ma auspica un cambiamento di visione socio-politica orientata all’accoglienza.

In questo contesto trovano terreno fertile i “crimini contro l’ospitalità”, che «gli ospiti e gli ostaggi del nostro tempo devono sopportare, giorno dopo giorno incarcerati o espulsi, dai campi di concentramento ai campi di detenzione, di frontiera in frontiera, vicino a noi o lontano da noi»<sup>39</sup>.

Tali “crimini” non vano confusi col “delitto di ospitalità”, commesso da chi, vigenti in Francia i decreti e le ordinanze negli anni 1928-1945, garantiva ospitalità a stranieri irregolari. Com’è noto, di recente, il legislatore italiano con il provvedimento “misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, meglio conosciuto come “pacchetto sicurezza”, ha riproposto il “delitto di ospitalità” all’art. 5 *bis* del d.lgs. n. 286/98<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> SEN, op. cit., 40 s.

<sup>36</sup> ALLAM, *La solitudine*, cit., *passim*.

<sup>37</sup> LÉVINAS, *Totalité et Infini*, Le Haye, 1980.

<sup>38</sup> Di recente si segnala un saggio inedito di RICOEUR, *La condizione di straniero: punti fermi per l’accoglienza*, in *Vita e Pensiero*, 5/2008, 45 ss., nel quale l’autore sottolinea come la condizione di straniero (*sub specie* visitatore, immigrato, rifugiato) sia un effetto inevitabile della globalizzazione, che si traduce in una sorta di “diritto di visita” dal cui rispetto si saggia l’ospitalità di un paese. Per un’anticipazione v. *Corriere della sera*, 4 novembre 2008, 45.

<sup>39</sup> Testualmente DERIDDA, *Adieu à Emmanuel Lévinas*, Paris, 1997, 132.

<sup>40</sup> Art. 5-*bis*: “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ad uno straniero, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia la disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. Per un primo commento v. AMATO, *Punito chi dà alloggio agli irregolari*, in *GD*, 2008, 32, 90 s.; ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in *DPP*, 2008, 1370 ss.; MASERA, *Immigrazione*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di MAZZA e VIGANÒ, Torino, 2008, 21 ss.

Entro la cornice lata ed atecnica di “crimini contro l’ospitalità”, ci si soffermerà dapprima sulle disposizioni della legge n. 205/1993, avente ad oggetto “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”, che rappresentano il primo, significativo, intervento legislativo nel nostro ordinamento – in questo senso qualificabile come “vecchio” paradigma di diritto penale – teso a fronteggiare manifestazioni/episodi a carattere razzista<sup>41</sup>; successivamente si tratterà dei recenti provvedimenti contenuti nel “pacchetto sicurezza”, che costituiscono, invece, il paradigma di un nuovo diritto penale, il diritto penale dell’inaccoglienza, quando non dell’intolleranza<sup>42</sup>.

Un “nuovo” diritto penale che, nell’intento di raggiungere un livello di sicurezza “rassicurante”<sup>43</sup>, produce, invece, un effetto contrario a quello auspicato, cioè maggiore insicurezza<sup>44</sup>.

Tra vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale i punti di contatto non mancano: costituiscono manifestazioni di legislazione penale simbolica<sup>45</sup> e, conse-

<sup>41</sup> Da un punto di vista “cronologico” è bene precisare come il “primo” atto normativo in materia di discriminazione razziale sia la legge 13 ottobre 1975, n. 654, con cui l’ordinamento italiano ha dato attuazione alla Convenzione ONU sulla “eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale”, aperta alla firma il 7 marzo 1966. Per una rassegna, anche in chiave storica, delle leggi in tema di discriminazione razziale e religiosa v. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *QDPE*, 2000, 269 ss.

<sup>42</sup> LIVI BACCI, *La vita agra degli immigrati*, *La Repubblica*, 12 novembre 2008, 35, il quale prende in esame alcune delle misure contenute nel disegno di legge (A. S. 733) di completamento del c.d. “pacchetto sicurezza”. Per tutte si tengano presenti l’autorizzazione agli enti locali di avvalersi di “ronde” di cittadini a sostegno dell’attività statale di mantenimento dell’ordine pubblico e l’istituzione presso il ministero dell’interno di un registro apposito per i “senza fissa dimora”.

<sup>43</sup> Cfr. l’accezione di “sicurezza” cui si è fatto cenno nell’introduzione.

<sup>44</sup> PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *DPP*, 2008, 1077, pur manifestando tra le righe un certo scetticismo per le misure contenute nel c.d. “decreto sicurezza”, rimanda alla verifica empirica per un giudizio definitivo sul provvedimento.

<sup>45</sup> In argomento v. HASSEMER, *Derecho penal simbolico y protection*, in *Pena y Estrado*, 1991, 29 ss.; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1001 ss.; BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche nel diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Tarullo*, II, Milano, 1990, 19 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *RIDPP*, 1994, 28 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, *passim*; DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di STORTONI e FOFFANI, Milano, 2004, 149 ss.; BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *IP*, 2003, 491 ss. Da ultimo, con particolare riferimento alla tutela penale nel settore dell’economia e della pedopornografia, v. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, II, 925 ss.; PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa ai beni*



guentemente, fanno emergere con forza profili d'illegittimità costituzionale che attengono al rispetto dei canoni di precisione<sup>46</sup>, materialità/offensività<sup>47</sup>, ragionevolezza/proporzione<sup>48</sup>, ma, soprattutto, del principio di uguaglianza<sup>49</sup>.

### 3. Vecchi paradigmi: le "misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa"

Immediatamente e concordemente criticate in dottrina<sup>50</sup> per il loro "scollamento" dalle regole di una corretta redazione delle fattispecie incriminatrici, le disposizioni in tema di "discriminazione, odio e violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi" ben esemplificano quel modo di legiferare che coniuga «in maniera tanto esemplare, quanto deprecabile, i difetti dell'insipienza sul piano tecnico, della discutibilità sul piano dei principi e dell'ineffettività

*giuridici*, ibidem, 1267 ss.; e COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, ibidem, 1108 ss. e in *RIDPP*, 2006, 864 ss.

<sup>46</sup> Sul principio di precisione cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2ª ed., Milano, 2006, 42 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, 119 ss. In chiave critica v., per tutti, MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*. Da ultimo, con uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale, PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 49 ss.

<sup>47</sup> Per tutti MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*. Nella manualistica, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, 201 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, 5ª ed., Padova, 2007, 179 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, 4 ss.

<sup>48</sup> Tra i contributi più recenti v. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 259 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, 3ª ed., Torino, 2006, 313 ss.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza in un caso facile*, in *RIDPP*, 2007, 100 ss.; e MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, ibidem, 739 ss. Sul punto, nell'ottica costituzionalistica, per tutti, D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>49</sup> Sul tema la bibliografia è amplissima. Fondamentale BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, *passim*; ed, ancora, BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, *passim*. Infine, tra i costituzionalisti, SPADARO, *Uguaglianza*, in *Enc. Filosofica*, XII, Milano, 2006, 11837 ss.; CERRI, *Eguaglianza (Principio di)*, in *Il Diritto*, V, Milano, 2007, 721 ss.

<sup>50</sup> DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93 conv. con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *LP*, 1994, 174 ss.; STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 14 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 90 ss. Tra i primi commenti v., altresì, LUINI, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica*, in *Riv. pen.*, 1993, 87 s.

sul piano dei risultati»<sup>51</sup>. Questo giudizio, seppure formulato a caldo, ha trovato piena conferma nelle sporadiche applicazioni giurisprudenziali del Decreto legge n. 122/93, convertito con modifiche dalla legge n. 205/93. Negli ultimi anni, però, ed anche alla luce dei recenti episodi cui si è fatto cenno in apertura del presente lavoro, le previsioni in esame sono riemerse in superficie, in particolare le figure chiave dell'intero provvedimento, la "Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" (art. 1) e la "Circostanza aggravante" (art. 3).

Come rilevato<sup>52</sup>, le due disposizioni marciano all'unisono, sebbene sia chiara la diversa natura giuridica e il differente ambito d'intervento. Mentre la prima rimanda ad un'altra previsione, l'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, nella quale confluiscono più norme incriminatrici<sup>53</sup>, e punisce, "*salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione... della convenzione, ... chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero, in qualsiasi modo, incita alla discriminazione o all'odio, o incita a commettere o commette atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali etnici, nazionali o religiosi*"; la seconda, come si evince chiaramente dalla rubrica, è un'aggravante applicabile a reati punibili con pena diversa dall'ergastolo, purché "*commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso*".

<sup>51</sup> Testualmente MOCCIA, op. cit., 90 ss., il quale denuncia, per un verso, il ricorso alla tecnica del rinvio, nota comune alla "perenne emergenza" che contraddistingue l'ordinamento penale italiano, per altro verso la superfetazione legislativa, vista l'inutilità di una fattispecie associativa (art. 3, comma 3, legge n. 654/75) che ricalca nella sostanza la figura generale di cui all'art. 416 c.p., discostandosene solo per gli scopi, e riproducendo in altra sede i medesimi nodi problematici legati al rispetto dei principi di sufficiente determinatezza, materialità e offensività. Addirittura, rileva l'A., ne amplifica la dissonanza laddove si osservi come l'estensione della punibilità a "gruppi" e "movimenti" incida su un profilo distintivo dell'associazione rispetto al mero concorso di persone nel reato, ovvero la stabilità dell'organizzazione, e, di conseguenza, consenta di reprimere il semplice accordo cui non segua la commissione del fatto di reato, introducendo così una deroga alla disciplina di cui all'art. 115 c.p. Sul punto, v., altresì, le conclusioni formulate da Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2001, Gariglio e altri, in *DPP*, 2001, 1378; e Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, Aliprandi e altri, *ibidem*, 986, in merito alla conformità a Costituzione delle disposizioni in esame.

<sup>52</sup> DE FRANCESCO, op. cit., 181 s. e 184 ss. Si veda, inoltre, *infra* par. 3.2.

<sup>53</sup> Riprendendo la classificazione proposta da autorevole dottrina, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 454, si tratterebbe di una *disposizione a più norme* (o norma mista cumulativa), non anche di una *norma a più fattispecie* (o norma mista alternativa).

### 3.1. *Gli immutati profili di criticità dell'art. 3, legge n. 654/75, alla luce della riforma dei reati di opinione*

Con la legge n. 205/93 si segna un momento di svolta nell'ambito dei delitti di opinione a carattere discriminatorio, in quanto muta il baricentro dell'intervento penalistico. La tutela dell'ordine pubblico, messo in pericolo da "eventuali adesioni in forma diffusa ai contenuti del messaggio istigatorio", cede il passo al rispetto della dignità della persona, da proteggere contro ogni forma di discriminazione<sup>54</sup>. L'ordine pubblico assume un ruolo secondario dinanzi alla dignità della persona e, contestualmente, si riducono gli spazi della libertà di manifestazione del pensiero<sup>55</sup>. Tale orientamento di fondo si evince in modo chiaro da alcuni indici testuali che determinano un ampliamento dello spettro applicativo delle fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, richiamate dall'art. 1 della legge n. 205/93.

In questo senso depongono, infatti, l'inciso "anche ai fini dell'attuazione della disposizione di cui all'art. 4 della Convenzione"<sup>56</sup>; l'introduzione del fattore "religioso" tra i "motivi" alla base dell'incitamento alla commissione o della commissione stessa di atti di discriminazione; la scelta del termine "motivi", ovvero moventi, in sostituzione della precedente formula linguistica "perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale"<sup>57</sup>; l'inclusio-

<sup>54</sup> Di questo avviso DE FRANCESCO, op. cit., 180 s., il quale trova conferma di ciò, per un verso, nell'estensione dello spettro applicativo della disposizione anche al compimento di atti discriminatori; per altro verso, nell'attenzione riservata dal provvedimento in questione a fenomeni a carattere discriminatorio anche in altri punti dello stesso (per tutti v. il comma 3 dell'art. 3, legge n. 654/74, e la circostanza aggravante di cui all'art. 3, legge n. 205/93); e, da ultimo, PICCOLI, *Diffusione di idee «razziste» ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, commento a Trib. Verona, 24 febbraio 2005, n. 2203, in *Giur. mer.*, 2006, 394 ss. Sul punto v., altresì, i contributi di ZAVATTI, TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Rass. it. crim.*, 1995, 565 ss.; FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *RIDU*, 1997, 32 ss.; MOLTEDO, *Conflitto sociale e intervento penale nei confronti delle condotte di indole razzista*, in *Crit. dir.*, 1999, 50 ss.; DE BERNARDI, *Osservazioni sulla legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, nota a Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2002, Orrù, in *Giur. it.*, 2004, 620 ss.; e, da ultimo, AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di RIONDATO, Padova, 2006, 93 ss.

<sup>55</sup> VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 140, definisce la legislazione in tema di discriminazione razziale un "nitido esemplare di restrizione penalistica al diritto tutelato dall'art. 21 Cost."

<sup>56</sup> Il riferimento è alla Convenzione sulla discriminazione razziale citata in nota 41.

<sup>57</sup> DE FRANCESCO, op. cit., 177, nel manifestare apprezzamento per quest'opzione linguisti-

ne del compimento di atti a carattere discriminatorio tra le condotte punibili al comma 1, lettera a)<sup>58</sup>.

Adeguate allo spirito della legge non è la formulazione delle norme. Si pensi, per esempio, alla condotta di “*diffusione*” resa ancora più indefinita dalla precisazione “*in qualsiasi modo*” o alle “*idee fondate sulla superiorità*” da riferire a concetti come “*razza*”<sup>59</sup> o “*etnia*” privi di definizione normativa. Si assiste ad una “vera e propria progressione di indeterminatezza”<sup>60</sup> che rischia di rendere vani i chiari intenti legislativi e di ampliare oltremodo l’ambito di operatività delle fattispecie. A dispetto della funzione specificativa che dovrebbero svolgere, in modo da contenere la già estesa criminalizzazione della manifestazione del pensiero, le aggiunte di cui sopra lasciano, invece, aperte vie di incriminazione difficilmente circoscrivibili<sup>61</sup>.

Di recente, alcuni dei “termini” sui quali si sono concentrati i rilievi critici della dottrina sono stati “rimaneggiati” dalla legge 24 gennaio 2006, n. 85, che

ca, sottolinea come, «in tal modo, la rilevanza della condotta non sarà più subordinata alla condizione (...) che la discriminazione venga perseguita a danno di persone “perché appartenenti” a un determinato gruppo, essendo invece sufficiente che la “motivazione” del comportamento discriminatorio risulti comunque qualificata da un atteggiamento di intolleranza nei confronti di razze, culture o religioni diverse dalla propria». A titolo esemplificativo l’A. prende in esame il caso di un soggetto che ponga in essere atti di discriminazione razziale nei confronti di appartenenti alla sua stessa razza o etnia, i quali abbiano diffuso idee “basate sul rispetto e sull’uguaglianza di tutte le razze umane”.

<sup>58</sup> Diffusamente sugli indici cui si è fatto riferimento in testo, ancora, DE FRANCESCO, op. cit., 174 ss.

<sup>59</sup> Sul punto v., di recente, Trib. Verona, 24 febbraio 2005, cit., 1956 ss. I giudici di merito affermano come «la nozione di razzismo (...) indichi l’esistenza di razze diverse ed in specie di alcune considerate “inferiori” rispetto ad altre considerate “superiori”, secondo determinate scale di valori, e sia ravvisabile anche quando l’argomento della disuguaglianza biologica abbia ceduto il passo all’assolutizzazione delle differenze fra le culture ed, in specie, delle identità e differenze razziali, etniche, culturali, nazionali di un gruppo con rifiuto del cosiddetto meticciato o mescolamento ed alla incitazione alla difesa attiva nei confronti degli esponenti delle culture estranee, percepite come nemico da combattere».

Sul tema v., da ultimo, gli sviluppi della *Critical Race Theory* (CTR), per la quale la razza non sarebbe “un dato biologico”, quanto piuttosto “una costruzione sociale”. Essa, cioè, sarebbe semplicemente un’elaborazione che funge da parametro per “l’istituzione e la riproduzione di gerarchie sociali”. Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 287 ss.; RIVA, *Differenza «razziale» ed eguaglianza di opportunità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 553 ss.; VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 161 ss. Sulla razza come strumento di lotta al terrorismo v. GOLDONI, *Il Racial profiling come misura antiterrorismo*, in *QG*, 5/2006, 1023 ss.

<sup>60</sup> ALESIANI, *I reati di opinione*, Milano, 2006, 119.

<sup>61</sup> STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 16 s.

è intervenuta sia sui comportamenti materiali che integrano gli illeciti di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, sia sul trattamento sanzionatorio<sup>62</sup>.

Per quanto concerne il disposto della lettera a), la condotta di "propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" prende il posto della "diffusione in qualsiasi modo".

Questa scelta linguistica si presta a due letture.

a) La più coerente con la *ratio* che anima la riforma dei reati di opinione, ossia garantire maggiori spazi alla libertà di manifestazione del pensiero<sup>63</sup>, rileva un ridimensionamento della portata applicativa della fattispecie rivolta a comportamenti qualificati da "una maggiore intensità e pregnanza espressiva"<sup>64</sup>.

Per fare chiarezza sul punto, sembra opportuno richiamare quanto affermato dalla Suprema Corte<sup>65</sup> in merito al rapporto tra la norma incriminatrice che punisce la riorganizzazione del disciolto partito fascista (artt. 1 e 2 della legge n. 645/52), realizzata, tra l'altro, mediante la "propaganda razzista", e la previsione che vieta la costituzione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra le proprie finalità "l'incitamento alla discriminazione razziale" (art. 3, comma 3, legge n. 654/75)<sup>66</sup>.

«Tra le condotte di "propaganda razzista" e di "incitamento alla discriminazione razziale" sembra di poter cogliere solo un diverso contenuto istigatorio. Entrambe riconducibili infatti alla sfera dell'istigazione "indiretta" per il fatto di integrare un "principio" di azione" ovvero di essere caratterizzate dalla netta prevalenza di momenti emotivi e irrazionali, le due condotte si differenziano per il

<sup>62</sup> PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, 746, scorge dietro le novità linguistiche introdotte dalla legge n. 85/06 un chiaro intento politico di matrice "leghista" teso ad influenzare, ove possibile, l'esito di un procedimento, cui si darà conto nel prosieguo, che vede tra gli interessati un noto esponente della Lega Nord condannato in primo grado al momento dell'entrata in vigore della novella.

<sup>63</sup> Di recente riassume i termini della questione nell'ottica penalistica VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., *passim*.

<sup>64</sup> Così VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *FI*, 2006, V, 223. Dello stesso avviso, tra gli altri, CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 «Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione»*, in *QDPE*, 2006, 448 s.; PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *IP*, 2006, 715 s.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812, in *Jurisdatta*.

<sup>66</sup> Per approfondimenti sui rapporti tra queste fattispecie associative, v. per tutti, DE FRANCESCO, op. cit., 188 ss; e, di recente, AMBROSETTI, *Beni giuridici*, cit., 95 ss.

loro porsi come antecedenti più o meno immediati di fatti criminosi. Con questa differenza: mentre la “propaganda” identifica in sé un’azione volta a diffondere un’idea e a far proseliti, l’incitamento fa nascere e alimentare lo stimolo che spinge all’azione di discriminazione, e, quindi, realizza un fatto ontologicamente più grave.(...) Ne consegue che, se si ritiene di non poter riconoscere attraverso la propaganda razzista la ricostruzione del disciolto partito fascista, la propaganda può acquistare rilevanza sul piano penale solo come forma di incitamento, punibile ai sensi della legge n. 205 del 1993».

Prima della riforma del 2006 la condotta penalmente rilevante può, dunque, svilupparsi attorno a due poli: da un lato, la *diffusione in qualsiasi modo di idee*, ossia la “generica” comunicazione ad un numero indeterminato di persone; dall’altro, *la propaganda*, diversamente qualificata rispetto alla diffusione per essere “diretta a influenzare l’intelletto delle persone a cui è rivolta e, solo in via subordinata, la volontà”<sup>67</sup>, purché si realizzi in forme organizzate o assuma le note tipiche dell’*incitamento* alla discriminazione.

La legge n. 85/06 sposta in avanti il baricentro dell’incriminazione: la mera diffusione d’idee razziste diviene pienamente lecita, purché non raggiunga la soglia della “istigazione indiretta”, la propaganda, invece, è punita a prescindere da ulteriori fattori di pericolosità.

Nel senso di una maggiore affermazione della libertà di manifestazione del pensiero, a discapito della tutela penale della dignità della persona<sup>68</sup>, depono altresì il mantenimento della “scelta differenziale” – operata nel 1993 in seno alla stessa lett. a) – di ricollegare la condotta di propaganda di idee fondate sul-

<sup>67</sup> GALLO, MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 90.

<sup>68</sup> Sul rapporto “conflittuale” tra dignità umana e libertà di manifestazione del pensiero nell’ottica costituzionalistica v., da ultimo, SALAZAR, I «destini incrociati» della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma della laicità, in *QDPE*, 2008, 67 ss.; e AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, 519 ss. In chiave comparatistica cfr. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’uguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di DI GIOVINE, Torino, 2005, 103 ss.; ID., *Libertà di pensiero e tutela delle identità religiose. Introduzione ad un’analisi comparata*, in *QDPE*, 2008, 43 ss.; GIANFREDA, *Il «Racial and Religious Act 2006»: il dibattito parlamentare e il testo approvato*, ibidem, 2006, 407 ss; SCAFFARDI, *Istigazione all’odio e società multietnica: il Canada e «l’hate speech»*, in AA.VV., *Eguali ma diversi*, a cura di ROLLA, Milano, 2006, 171 ss.

Per un quadro complessivo della disputa avente ad oggetto la natura giuridica del diritto all’uguaglianza e, conseguentemente, l’ammissibilità di un giudizio di ragionevolezza rispetto ad atti di autonomia privata *discriminatori* v., di recente, CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, 2405 ss.

la superiorità o sull'odio solo alla dimensione *razziale o etnica*, mentre la condotta di istigazione alla commissione, o la commissione stessa di atti discriminatori, tanto ai motivi *razziali o etnici*, quanto ai motivi *religiosi o nazionali*<sup>69</sup>.

b) Più convincente è l'interpretazione che vede nell'utilizzo del termine "propaganda" un mero intervento *di facciata*, non risolutivo, dunque, nell'ottica di lasciare "l'aberrazione delle idee fondate sulla superiorità razziale o sull'odio etnico...al confronto dialettico ed alla discussione più che alla coercizione penale"<sup>70</sup>, soprattutto quando la manifestazione espressiva sia diretta ad un numero indeterminato di persone, come nel caso di un pensiero contenuto in un libro o in un articolo. Sia la condotta di diffusione che di propaganda – come confermato dall'interpretazione data all'art. 272 c.p., prima dell'intervento abrogativo ad opera della stessa legge n. 85/06<sup>71</sup> – richiedono la necessità di una comunicazione a più persone. Inoltre, un'eventuale riduzione dell'ambito di operatività della fattispecie di "propaganda di idee" sarebbe contraria agli impegni assunti dall'Italia al momento della sua adesione alla Convenzione ONU del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, che all'art. 5 obbliga gli Stati contraenti a punire "ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale"<sup>72</sup>.

A loro volta, tanto "l'*incitamento* a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" (lettera a, comma 1), quanto "l'*incitamento* a commettere atti di provocazione alla violenza per motivi razziali

<sup>69</sup> Ancora DE FRANCESCO, op. cit., 177 ss.

<sup>70</sup> Così PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in DPP, 2006, 1205. Dello stesso avviso ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 120; SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1975 n. 654; L. 24 febbraio 2006 n. 85)*, in AA.Vv., *Discriminazione razziale*, cit., 170 s.; GAMBERINI, INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in D&G, 2006, 6, 93, i quali ritengono si possa al più spingere l'interpretazione di questa scelta linguistica nel senso dell'esclusione del negazionismo tra le condotte punibili.

<sup>71</sup> ALESIANI, op. cit., 120 s., rileva la contraddittorietà della scelta legislativa del 2006 di riprendere il verbo "propagandare" per descrivere la condotta penalmente rilevante, quando, contemporaneamente, si procede all'abrogazione della fattispecie di propaganda sovversiva ex art. 272 c.p.

<sup>72</sup> PELISSERO, op. cit., 1205 s.; CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo*, in AA.Vv., *Discriminazione razziale*, cit., 156 s.

Sul punto, di recente, cfr. la Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, 28 novembre 2008, sulla *lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, in GU L 328 del 6.12.2008, pp. 55-58.

etc...” (lettera b)<sup>73</sup>, vengono riproposti nella nuova veste di “*istigazione*”. La scelta del termine non colora diversamente la condotta, la quale rimane nella sostanza immutata<sup>74</sup>, a meno che non s’intenda spostare, conformemente a quanto è avvenuto per altri delitti di opinione, la soglia della punibilità dal pericolo astratto al pericolo concreto<sup>75</sup>. Destava, infatti, perplessità la resistenza della Suprema Corte a qualificare il delitto di incitamento a commettere violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, di cui all’art. 3, comma 1, lett. b), come reato di pura condotta e di pericolo astratto<sup>76</sup>.

Al riguardo, pare opportuno sottolineare l’indefinitezza del termine “*istigazione*” – nota comune peraltro anche alla propaganda, all’apologia –, che ha dato vita nella prassi ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dal legislatore al giudice, cui spetta stabilire gli esatti confini della condotta puni-

<sup>73</sup> Non varia, invece, la terza modalità di cui alla lettera a), ossia la commissione diretta di atti di discriminazione. Così come si mantiene inalterata la “*commissione*” di violenza e di atti di provocazione alla violenza di cui alla lettera b). Continua, pertanto, a essere indubbio il significato da attribuire alla locuzione “*atti di provocazione*” alla violenza, che nei contenuti non sembra discostarsi di molto dalla condotta di “*incitamento*” (oggi “*istigazione*”). Sul punto, DE FRANCESCO, op. cit., 187 s., sottolineava come l’unica ragione possibile del non utilizzo di termini identici sembrerebbe quella di evitare agevoli vie di fuga per coloro i quali, volendo trovare una giustificazione al loro comportamento aggressivo, avessero dapprima “provocato” soggetti appartenenti ad un diverso gruppo razziale, che, a loro volta, avessero reagito in modo violento.

<sup>74</sup> PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *GD*, 2006, 14, 28, sottolinea come forse nel pensiero del legislatore «l’istigazione denoti in forma più pregnante e univoca la direzione finalistica dell’espressione verbale; o, all’inverso, che l’incitamento implicasse una intensità provocatoria maggiore dell’istigazione. Nel primo caso l’intento sarebbe restrittivo, nel secondo estensivo». Dello stesso avviso, GAMBERINI, INSOLEIRA, op. cit., 93; PELISSERO, op. cit., 1205. In giurisprudenza v., di recente, Cass. pen., Sez. III, dep. 28 marzo 2008, n. 13234, in *DPP*, 737 s. e, per esteso, in *D&G ordine* del 19.04.08, con commento di RISPOLI, nella parte in cui si dice che “la sostituzione del verbo incita con istiga ha un valore meramente terminologico data la sostanziale equivalenza dei due termini”.

<sup>75</sup> VISCONTI, *Il legislatore*, cit., 223; NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione* (l. 24.2.2006 n. 85), in *LP*, 2006, 411.

<sup>76</sup> «...a nulla rileva che l’incitamento non risulti raccolto dalle persone presenti al fatto, non essendo il conseguimento di tale effetto richiesto dalla norma incriminatrice, che si limita a prevedere un reato di pura condotta e di pericolo astratto». Così, Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, in *CP*, 1999, 983 ss., con nota di FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*.

Riassume i termini della questione ALESIANI, op. cit., 122 s. e, diffusamente, 183 ss., la quale, in una prospettiva *de iure condendo*, auspica l’abrogazione di tutte le figure speciali di istigazione, ritenendo sufficiente una sola previsione a carattere generale. Per una rilettura dei *reati di provocazione* alla luce dei principi costituzionali v., ancora, ALESIANI, op. cit., 260 ss.



bile. Inoltre, essendo le fattispecie di "istigazione" in senso lato caratterizzate da una forte connotazione politica, esse presentano ulteriori elementi di distonia rispetto ai principi generali in materia penale. Nella misura in cui gli atti che si collocano in una fase *preparatoria* divengono penalmente rilevanti si de-roga, infatti, all'indice del pericolo di un'offesa ad un bene giuridico, come riassunto nel parametro dell'idoneità dall'art. 56 c.p.<sup>77</sup>.

In questo contesto, nel quale si inserisce appieno l'istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza per motivi razziali etc..., occorre, dunque, richiamare lo sforzo interpretativo operato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, una volta preso atto dell'ingombrante riconoscimento del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

È stato evidenziato come il giudice delle leggi, piuttosto che procedere ad un bilanciamento tra interessi contrapposti, ha preferito rifugiarsi nel *pericolo concreto*, addivenendo ad una soluzione di compromesso. Fanno da battistrada le sentenze n. 65/1970<sup>78</sup> e n. 108/74<sup>79</sup>, aventi ad oggetto rispettivamente i delitti di apologia e di istigazione all'odio fra classi sociali, previsti agli artt. 414, comma 3, e 415 c.p.<sup>80</sup>. Con la prima, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità, la Corte afferma che "*l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ult. comma, non è...la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*"; con la seconda, dichiara illegittimo l'art. 415 c.p. "*nella parte in cui non specifica che l'istigazione all' odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*"<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> STORTONI, *Tra codificazione e decodificazione*, in PADOVANI, STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, 34. In argomento v., per tutti, PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 112 ss. e 273 ss.

<sup>78</sup> Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65., in *Giur. cost.*, 1970, 955 ss.

<sup>79</sup> Corte cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Giur. cost.*, 1974, 773 ss.

<sup>80</sup> In argomento v., per tutti, DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 164 ss.; Id., voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *DDP*, VII, Torino, 1993, 292 ss.; e SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, 173 ss.

<sup>81</sup> Per un recente quadro ricostruttivo della giurisprudenza costituzionale sui reati di opinione v. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 239 ss. Lo stesso A. in, *Riforma dei reati*, cit., 746. ID., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *QG*, 4/2006, 756, critica il legislatore del 2006, che avrebbe lasciato intatte proprio le figure chiave della istigazione e della apologia di delitto, le quali, addirittura, nel contesto della legislazione antiterrorismo subiscono un "potenziamento", vista la nuova aggravante introdotta all'art. 414 dal d.l. n. 144/05.

Si è assistito, dunque, ad una decostruzione dell'originaria struttura della fattispecie, la quale mantiene la qualificazione di reato di pericolo, che da requisito implicito diviene elemento essenziale del fatto<sup>82</sup>.

A ben guardare, nella rilettura prospettata dalla Corte costituzionale il pericolo non si riferisce all'evento, ma qualifica il comportamento, ossia "investe direttamente le condotte apologetiche, istigative, vilipendiose o di propaganda, che devono essere in sé pericolose"<sup>83</sup>. Purtroppo, però, la maggiore adesione al principio di offensività, che si cela dietro la scelta di mutare la "morfologia" dei reati di opinione in questione, spesso viene vanificata dall'indeterminatezza che contrassegna tanto la condotta, quanto il secondo termine della relazione, cui va riferito il comportamento pericoloso. Nelle fattispecie di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale o di disfattismo politico, per esempio, si è dinanzi a macroeventi<sup>84</sup>.

Quando, invece, «la clausola di pericolo accede ad un "fatto base" incapace di segnalare di per sé una relazione di pericolosità con l'evento temuto empiricamente fondata» – come nel caso dell'apologia o dell'istigazione a delinquere –, essa, addirittura, «rischia di dissimulare una "pilatesca" deresponsabilizzazione del legislatore: questi rimette al giudice un accertamento concreto destituito in partenza di plausibili canoni di verificabilità, aprendo la strada ad incertezze sul piano applicativo incompatibili con il principio di tassatività della fattispecie»<sup>85</sup>. Il requisito dell'idoneità della condotta, nel caso di specie, si ricollega ad un evento che è meramente eventuale, pertanto si auspica, in chiave di riforma, una riformulazione della fattispecie nella quale il pericolo,

<sup>82</sup> ALESIANI, *I reati*, cit., 193, cui si rinvia per un quadro ricostruttivo del processo di trasformazione che ha interessato i reati di opinione mutandone la struttura (in part. pp.194 ss.). Invero, l'A. denuncia un diverso atteggiamento da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. La prima si è sempre mossa in modo compatto verso un "recupero" della pericolosità concreta, la seconda, invece, rispetto ad alcune fattispecie, talora ha mantenuto una lettura ancorata alla pericolosità presunta.

Sul tema dei reati di pericolo la bibliografia è amplissima. V., per tutti, ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, *passim*; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 560 ss.; ID., *Manuale di diritto penale*, cit., 171 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 198 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, 216 ss.

<sup>83</sup> Così PELISSERO, *Reato* cit., 129.

<sup>84</sup> PELISSERO, op. ult. cit., 129 ss., cui si rinvia, insieme ad ALESIANI, op. cit., 194 ss., per approfondimenti.

<sup>85</sup> Così, efficacemente, DE VERO, *Istigazione*, cit., 299. Nello stesso senso PELISSERO, *Reato*, cit., 340 ss. e, da ultimo, ALESIANI, op. cit., 202 ss.

oltre ad essere un elemento costitutivo del fatto tipico, sia in "rapporto di stretta contiguità temporale...con un evento lesivo"<sup>86</sup>.

Riprendendo le fila del discorso, e rivolgendo l'attenzione più nello specifico alle fattispecie di *propaganda* "di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" e di *istigazione* a commettere "atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" o "atti di provocazione alla violenza per motivi razziali...", è bene tenere a mente il bene giuridico da esse tutelato, onde evitare di cadere in facili assimilazioni con gli altri reati di opinione.

In apertura del presente paragrafo si è sottolineato come la legge n. 205/93 abbia determinato un cambiamento di prospettiva in seno alle disposizioni in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, le quali sono spiccatamente orientate alla tutela della dignità della persona, che assurgerebbe a unico interesse protetto, sì da "rendere effettiva l'uguaglianza tra gli uomini"<sup>87</sup>.

L'ordine pubblico assumerebbe un ruolo di quasi-comprimario, a voler essere oltremodo generosi. Pertanto, rispetto ai delitti *propaganda* e di *istigazione* in esame, la questione circa la struttura del reato (pericolo astratto *versus* pericolo concreto) ed i relativi problemi di accertamento, non avrebbero ragione di essere, concentrandosi il disvalore delle condotte sulla dignità delle persona<sup>88</sup>. Tale ricostruzione, apprezzabile in quanto ancora la punibilità all'offesa

<sup>86</sup> Per approfondimenti si veda, ancora, diffusamente ALESIANI, op. cit., 211 ss., la quale, sempre in un'ottica *de iure condendo*, richiama anche il contributo della *clear and present danger doctrine* di matrice nordamericana. Per tale teoria è legittimo il ricorso alla sanzione penale per punire manifestazioni del pensiero, da cui possano derivare atti o fatti contrari a Costituzione, solo quando l'illecito realizzabile sia collegato *in via immediata* alla manifestazione della parola. L'A., facendo tesoro della presente elaborazione giurisprudenziale, ritiene utile qualificare il pericolo (requisito espresso della fattispecie) con l'aggettivo *imminente*, da preferire ad *attuale* o *immediato*, in quanto "individua con maggiore precisione il *collegamento temporale* che deve essere accertato fra la manifestazione della parola e il pericolo per l'interesse protetto in base alle *circostanze concrete*" (p. 241). A completare il quadro di riforma dell'esistente, l'A. suggerisce anche la riformulazione della nozione di pubblicità, *ex art. 266 c.p.* (v., per approfondimenti p. 242 ss.).

<sup>87</sup> Così, PICOTTI, *Diffusione*, cit., 1968, il quale, sulla base delle acquisizioni in tema di razza, specifica i contenuti dell'interesse protetto, che andrebbe individuato nel "*diritto di ciascuno alla differenza*, vale a dire *ad essere come si è, per natura ed appartenenza ad una determinata razza, etnia, nazione o religione*", dunque nel diritto alla non discriminazione.

<sup>88</sup> Ancora PICOTTI, op. ult. cit., 1967 e 1970 s., afferma che le fattispecie di *propaganda* "di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" e di *istigazione* a commettere "atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" determinerebbero un'esposizione al pericolo *concreto* del "diritto alla dignità di uomini", riferibile tanto al singolo persona fisica, quanto al gruppo di appartenenza destinatari del discorso razzista. *Contra* VISCONTI,

di un bene “reale e concreto” – nell’ottica di agevolare l’accertamento di un danno “giuridicamente misurabile e risarcibile” e come tale legittimante la costituzione anche da parte di enti rappresentativi del gruppo etnico preso di mira –, al contempo finisce con l’estromettere del tutto la libertà di manifestazione del pensiero da un eventuale giudizio di bilanciamento tra beni<sup>89</sup>.

La libertà di manifestazione del pensiero, in altri termini, si troverebbe di fronte ad un valore di rango così elevato, come si evince dalla lettura degli artt. 2 e 3 della Costituzione<sup>90</sup>, da esser costretta a cedere il passo, senza spazio alcuno per il bilanciamento<sup>91</sup>.

Invero, come si avrà modo di vedere nel prosieguo prendendo in esame anche la giurisprudenza<sup>92</sup>, il diritto sancito all’art. 21 Cost. rappresenta un valore comprimibile ma non fino al punto di essere messo da parte, riducendo i margini della democraticità di uno Stato. Pertanto, merita di essere presa in considerazione una recente riflessione<sup>93</sup> che, nel valorizzare il dettato dell’art 3, comma 2, Cost. – nella parte in cui impegna la Repubblica a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona

*Aspetti penalistici*, cit., 156, per il quale una lettura in questi termini del reato di propaganda sarebbe eccessiva, troppo incentrata sul profilo identitario di una data comunità. L’A. sottolinea la sovrapposizione che verrebbe a crearsi con “il modello di diffamazione di gruppo”, ma soprattutto evidenzia come l’offesa alla dignità umana, percepibile se la diffamazione è nei confronti di una persona fisica, divenga poco tangibile se vengano chiamati in causa intere collettività.

<sup>89</sup> Così, VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 155 ss., cui si rinvia per approfondimenti.

È noto come l’art. 21 della Cost. indichi espressamente un solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero: il buon costume. Tuttavia ad esse si aggiungono altri limiti c.d. impliciti, espressione di valori la cui indiscutibile rilevanza costituzionale discende non da previsioni, ma dai principi generali dell’ordinamento. È il caso dell’onore, della reputazione e della *privacy*, del diritto d’autore, del segreto professionale etc. Sul punto, da ultimo, v. PACE, *sub art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 88 ss.; MANETTI, *ibidem*, 276 ss.; SALAZAR, *I «destini incrociati»*, cit., 67 ss.; AMBROSI, *Libertà di pensiero*, cit., 524 ss.; e, tra i penalisti, per tutti, VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 51 ss.

<sup>90</sup> SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, reperibile sul sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), afferma che «la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

<sup>91</sup> Così PICOTTI, *Diffusione*, cit., 1967 s.

<sup>92</sup> Cfr. *infra* par. 3.3.

<sup>93</sup> SALAZAR, *op. cit.*, 83 s.

umana..." –, riconosce all'ordinamento il potere di pretendere dai cittadini una rinuncia *totale* all'esercizio del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, quando sia funzionale al superamento di quei "pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza religiosa, oltre che su quella etnico culturale", *a fortiori* quando è razziale. Tale lettura porta con sé due corollari: il primo è che «le norme sull'*hate speech* configurano fattispecie riconducibili alla regola-eccezione che governa il rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 Cost.; in quanto tali, *la loro ratio non può essere assimilata a quella sottesa alle previsioni sugli altri reati di opinione*». Il secondo è che «la ragionevolezza del bilanciamento deve essere apprezzata alla luce di una particolare situazione di fatto»<sup>94</sup>, dove per situazione di fatto va inteso tanto il contesto storico (nei primi anni '90 ha inizio, almeno in Italia, il fenomeno migratorio), quanto il contesto sopranazionale nel quale è inserito il nostro ordinamento (adempimento di obblighi di matrice comunitaria e internazionale *ex art. 117, comma 1, Cost.*)<sup>95</sup>.

Alla luce di queste considerazioni appare criticabile la scelta di garantire maggiori spazi, almeno sulla carta, alla libertà di manifestazione del pensiero quando entri in gioco la dignità della persona, come nel caso di discorsi animati da idee o da odio di natura razziale, religiosa, etnica etc.; non sembra, infatti, che in Italia si sia raggiunto un apprezzabile livello di integrazione delle minoranze etniche. Altrettanto eccessiva, quando non fuori "contesto" (sopranazionale), sarebbe stata un'abrogazione secca della "propaganda razzista", motivata dall'essere "reato d'opinione allo stato puro", privo cioè di alcun *legame di parentela* sia con i delitti contro l'onore, aggravati *ex art. 3, legge n. 205/93*, sia con l'istigazione alla commissione di atti di discriminazione razziale<sup>96</sup>.

Si passi, infine, a considerare la legge n. 85/06 sotto il profilo sanzionatorio. La prima notazione è una conferma del giudizio, già espresso, di una disciplina solo apparentemente orientata al principio di sussidiarietà<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Così, testualmente, SALAZAR, *op. cit.*, 83.

<sup>95</sup> Sposa questa lettura VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 158 s.

<sup>96</sup> Tale è il pensiero di SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in RIDPP, 2007, 737, il quale si attendeva, dalla riforma dei reati di opinione, proprio l'abrogazione del delitto di "propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza o sull'odio razziale o etnico".

<sup>97</sup> Condiviso è il pensiero sull'ineffettività che continuerà a contraddistinguere le fattispecie oggetto di riforma e sul poco coraggio del legislatore, il quale avrebbe potuto, in maggiore aderenza al principio di *extrema ratio*, depenalizzare taluni dei settori novellati, tanto più che nel nostro ordinamento il destino delle pene pecuniarie è l'ineseguibilità, quando – nella peggiore,

Questo preciso intento di politica criminale, che permea l'intera riforma dei reati di opinione, tesa nel complesso all'abbattimento sanzionatorio, si risolve, in effetti, spesso in una bagatellizzazione dell'offesa<sup>98</sup>. Nell'ipotesi di cui alla lettera a), infatti, la pena prevista non è più la reclusione fino tre anni, bensì la reclusione fino ad un anno e sei mesi o, in alternativa, la multa fino a 6 mila euro. Se tale intervento è da apprezzare con riguardo alle condotte contemplate nella lettera a), in quanto ne rispecchia meglio il differente disvalore rispetto a quelle più gravi di cui alla lettera b), persistono tuttavia elementi di contraddittorietà interna al sistema nella scelta legislativa di equiparare sul piano sanzionatorio la diffusione, l'incitamento e la commissione di atti di discriminazione<sup>99</sup>. Già nel contesto legislativo previgente era stata sottolineata<sup>100</sup> l'irragionevolezza di tale soluzione, in quanto contraria al principio di proporzione della pena, sollevando così dubbi di legittimità costituzionale. La legge n. 85 del 2006 addirittura fa di peggio, poiché, nell'avvicinare i limiti edittali, restringe i margini di esercizio del potere discrezionale del giudice<sup>101</sup>.

La novella, infine, si presta ad un ulteriore rilievo, che attesta ancora una volta la "schizofrenia" del legislatore. Il trattamento sanzionatorio previsto alla lettera b) (reclusione da 6 mesi a 4 anni) resta immutato, quando avrebbe dovuto essere quanto meno ritoccato verso il basso secondo le linee guida della riforma.

ma altrettanto probabile, eventualità – il reato non si prescriva. Così PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 965 ss. e 1204 ss.; PADOVANI, *Un intervento*, cit., 23; VISCONTI, *Il legislatore*, cit., 223 s.; ALESIANI, op. cit., 131 ss.; GAMBERINI, INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, 2006, 135 ss.; Id., *Vilipendio alla bandiera*, cit., 92 ss.; NORDIO, *Reati d'opinione: occasione persa. Una riforma senz'anima (liberale)*, in *D&G*, 2006, 6, 8 s.; SPENA, op. cit., 732 ss.

<sup>98</sup> Per questi rilievi critici v., tra gli altri, PELISSERO, op. cit., 1206, e PULITANÒ, *Riforma dei reati*, cit., 745. Da ultimo, seppur riferito alla politica di governo per contrastare il fenomeno della prostituzione, v. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *DPP*, 2008, 1335 ss.

<sup>99</sup> Tra gli altri, ALESIANI, op. cit., 120 s.

<sup>100</sup> STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17.

<sup>101</sup> Così, puntualmente, PELISSERO, op. cit., 1206.

### 3.2. *L'aggravante della "finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso"*

L'aggravante della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso" si discosta dalla disciplina generale di cui all'art. 69 c.p. in tema di concorso eterogeneo di circostanze. Essa, infatti, non soggiace al regime del bilanciamento, eccezion fatta per il concorso con l'attenuante *ex art.* 98 c.p.

Si è già accennato che l'aggravante in esame presenta dei punti di contatto con le fattispecie di cui all'art. 3, legge n. 654/75, sicché si rende necessario chiarire quali siano i confini e le zone di intersezione con i delitti di discriminazione razziale, etnica e religiosa.

La questione non si limita alla opzione interpretativa concorso apparente di norme *versus* concorso di reati, che ha già dei riflessi significativi sul piano sanzionatorio, ma è funzionale anche all'applicazione delle peculiari misure accessorie previste dal comma 1 *bis* dell'art. 3, legge n. 654/75 (obbligo di prestare attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità; obbligo di rientro nella propria dimora e di non uscita secondo orari determinati; sospensione della patente di guida, passaporto o di altri documenti di identificazione, nonché divieto di detenzione di armi proprie; divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale per elezioni politiche o amministrative)<sup>102</sup>, le quali scattano solo in caso di condanna per uno degli illeciti penali *ex art.* 3, comma 1, cit.

Quando si è dinanzi ad un comportamento animato da discriminazione, che tuttavia integra già di per sé un'autonoma ipotesi di reato di opinione, sembra pacifico concludere per l'applicazione della mera circostanza aggravante di cui all'art. 3, legge n. 205/93, sulla base del criterio di specialità<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a DE FRANCESCO, *op. cit.*, 192 ss.; e FORNARI, *sub art. 1, D. L. 26 aprile 1993 n. 122*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO e PALIERO, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2007, 1039 s.; LEOTTA, *sub art. 1, D. L. 26 aprile 1993 n. 122*, in AA.VV., *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di RONCO e ARDIZZONE, Torino, 2007, 1612 ss.

<sup>103</sup> DE FRANCESCO, *op. cit.*, 184 s., sottolinea come una conclusione di tal fatta potrebbe risultare dubbia quando "la singola fattispecie circostanziata (ad es. una contravvenzione)" venga punita "con una pena complessivamente meno grave rispetto a quella contemplata nell'art. 1 d.l. 122/93 per qualsiasi 'atto' con contenuto discriminatorio". In queste ipotesi la logica imporrebbe un rovesciamento delle regole. Ciò tuttavia non sembra possibile, altrimenti dovrebbe seguirsi il medesimo parametro nella situazione inversa, ovvero quando la fattispecie circostanziata sia più grave rispetto alla figura contemplata nell'art. 1, d.l. n. 122/93. Il criterio del-

La situazione, però, muta in presenza di fatti connotati dalla “violenza” e sorretti dal “motivo” razziale, etnico o religioso, che per la loro intensità diano luogo a delitti quali le lesioni o l’omicidio. Spesso, «le manifestazioni di pensiero razziste si uniscono e si confondono con comportamenti materiali i quali integrano ipotesi di reato non di opinione, quali la violenza privata, le lesioni volontarie, l’estorsione, l’incitamento o l’istigazione a commettere (o il compiere) atti concreti e specifici di discriminazione»<sup>104</sup>. In questi casi è prospettabile un concorso di reati, stante un “rapporto di interferenza tra fattispecie parzialmente eterogenee” (atto di violenza per motivi razziali cui si affianca la lesione del bene giuridico integrità fisica in misura più o meno intensa)<sup>105</sup>.

### 3.3. *Le recenti applicazioni giurisprudenziali: anche esse discriminatorie?*

Da una rapida ricognizione della giurisprudenza in tema di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa emerge subito una vuoto temporale che abbraccia gli anni 1993-2004, nel corso dei quali si registra una quasi completa quiescenza delle disposizioni in esame<sup>106</sup>, che, invece, negli ultimi anni ri-guadagnano l’attenzione della prassi.

La propaganda e l’istigazione al compimento di atti di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa *ex art. 3, comma 1, lett. a)*, legge n. 654/75, addirittura, entrano in gioco congiuntamente in una nota vicenda giudiziaria, che ha visto tra i protagonisti il sindaco di Verona, Flavio Tosi, condannato in primo grado<sup>107</sup>, in concorso con altri, per avere diffuso idee basate sulla superiorità della razza e l’odio razziale nei confronti degli zingari Sinti presenti sul territorio veronese, e per aver incitato i pubblici amministratori del comune di Verona al compimento di atti di discriminazione razziale.

Le modalità con cui si sarebbero realizzate le condotte incriminate vanno

l’assorbimento non può entrare in gioco, diversamente muta l’assetto della disciplina, precludendo l’applicazione delle “misure accessorie” previste, come detto, solo per i reati di cui art. 1, d.l. n. 122/93.

<sup>104</sup> AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in AA.VV., *Discriminazione razziale*, cit., 37.

<sup>105</sup> Così, ancora, DE FRANCESCO, *op. cit.*, 185.

<sup>106</sup> Eccezion fatta per Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812 e Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7421, entrambe cit.; e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino, sez. I pen., 13 gennaio 1997, Cupani, in *QG*, 2/1997, 478 ss., con nota introduttiva di CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*.

<sup>107</sup> Trib. Verona, 24 febbraio 2005, cit.



dalla raccolta di firme per sostenere una petizione, all'affissione di manifesti<sup>108</sup>, sino alla resa di dichiarazioni di vario genere, "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>109</sup>.

In parziale riforma della pronuncia del Tribunale di Verona, la Corte d'Appello di Venezia ha ritenuto integrati gli estremi della sola condotta di propaganda, non anche dell'istigazione, poiché il contenuto della petizione di per sé non poteva considerarsi illecito<sup>110</sup>, e dunque non qualificabile come incitamento alla commissione di atti di discriminazione razziale ed etnica.

Da ultimo, la Suprema Corte<sup>111</sup> ha annullato la sentenza impugnata rinviando ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia<sup>112</sup>, in ragione di una evidente contraddittorietà nella motivazione. I nervi scoperti sui quali si sono appuntati i rilievi della III sezione attengono: a) al significato da attribuire al termine discriminazione; b) alla "scissione" della condotta tenuta dagli imputati.

a) Seguendo l'*iter* argomentativo sviluppato dai giudici di legittimità, occorre preliminarmente definire il concetto di "discriminazione", mutuato dalla Convenzione ONU "sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale" del 1966 e recepito nel nostro ordinamento dal D. lgs. n. 215/03, attuativo della direttiva europea 2000/43/CE sulla "parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica". «L'espressione *discriminazione razziale* sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale od etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o 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

<sup>108</sup> Sui quali poteva leggersi lo slogan "No ai campi nomadi. Firma anche tu per mandare via gli zingari".

<sup>109</sup> Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

<sup>110</sup> La petizione era indirizzata all'amministrazione comunale perché procedesse allo "sgombero immediato dei campi nomadi abusivi e provvisori" presenti nella città di Verona e, contestualmente, alla non realizzazione di eventuali ulteriori insediamenti nomadici in terra scaligera.

<sup>111</sup> Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

<sup>112</sup> Di recente la Corte di Appello di Venezia si è pronunciata di nuovo condannando il sindaco Tosi a due mesi di reclusione e a tre anni di divieto a partecipare a competizioni elettorali (entrambe sospese) per aver commesso il delitto di "propaganda razzista". V. *La Repubblica*, 21 ottobre 2008, 15.

culturale e in ogni altro settore della vita pubblica»<sup>113</sup>.

Alla luce di ciò, poiché le condotte e le affermazioni degli imputati si sarebbero basate non *sulla qualità del soggetto* (zingaro, nero, ebreo etc.), ma piuttosto *sui comportamenti* (“dove arrivano ci sono furti”), secondo la Corte non potrebbe parlarsi di discriminazione<sup>114</sup>. Inoltre, si sottolinea, è necessario contestualizzare le dichiarazioni (nel caso di specie era in corso “una competizione politica particolarmente accesa”), onde evitare, come spesso accade – per esempio in caso di intercettazioni –, di estrapolare da un discorso affermazioni che, considerate nel contesto di riferimento, assumerebbero ben altro significato. E, per finire, sarebbe anche opportuno non confondere la dichiarazione discriminatoria con un’affermazione che è espressione di un pregiudizio. Questo, almeno così sembra, è il senso del seguente passaggio della sentenza:

*«quando la discriminazione non si manifesta all'esterno per mezzo di un'esplicita dichiarazione di superiorità razziale o di odio nel significato letterale del termine, ma è frutto di un pregiudizio, quale ad esempio quello prima evidenziato (“dove arrivavano c'erano furti”), devono essere valutate tutte le circostanze temporali ed ambientali nelle quali quel pregiudizio è stato espresso, al fine di verificare l'effettiva sussistenza di un'idea discriminatoria fondata sulla diversità e non sul comportamento, si deve cioè stabilire se nella medesima situazione un altro soggetto appartenente a diversa religione, etnia, razza ecc., sarebbe stato o no trattato in maniera diversa e se il diverso trattamento sia stato determinato da un'idea di superiorità razziale o di odio etnico religioso, ecc. e non da altre ragioni, eventualmente anche censurabili. Insomma il giudice deve valutare la condotta dell'agente nel complesso, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, al fine di individuare la vera finalità ispiratrice della discriminazione ed escludere il reato quando questa non sia stata determinata da superiorità razziale o da odio etnico, religioso, ecc.»*<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Sulla dimensione *oggettiva* e *soggettiva* della definizione normativa di “discriminazione” v. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo*, in AA.VV., *Discriminazione razziale*, cit., 147 ss. Per un quadro delle forti di diritto internazionale ed europeo in tema di discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso v., per tutti, PICCHIO FORLATI, *La lotta contro la discriminazione alle luce del diritto internazionale ed europeo*, ibidem, 1 ss.

<sup>114</sup> «La discriminazione per l'altrui diversità è cosa ben diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità. In definitiva, un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso». Così, testualmente, Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

<sup>115</sup> Ancora, testualmente, Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit. Di segno contrario pareva essere, invece, Cass. pen., Sez. III, dep. 21 dicembre 2005, n. 46783, in *D&G online* del

Queste argomentazioni fungerebbero da filtro, alla stregua dei criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di esercizio del diritto di cronaca, in modo da bilanciare la dignità della persona, da un lato, e la libertà di manifestazione del pensiero, dall'altro<sup>116</sup>. Ai fini della punibilità della propaganda razzista non sarebbe sufficiente, pertanto, "l'oggettiva offensività del linguaggio d'odio", ma "occorrerebbe invece saggiare fino in fondo l'eventuale sussistenza di non meglio precisati elementi di contesto", caratterizzati da un'indeterminatezza di fondo che li pone "a cavaliere tra la causa di giustificazione, l'elemento soggettivo, il movente o la scusante"<sup>117</sup>. È possibile cogliere, in seno alla giurisprudenza, «un vero e proprio disagio, quello cioè prodotto da una impostazione di fondo che nel valorizzare la dignità umana quale contraltare legittimante il sacrificio della libertà di parola, finisce per condurre al totale oscuramento degli interessi, non solo individuali, sottesi a quest'ultima»<sup>118</sup>.

b) Il profilo che attiene alle condotte incriminate viene trattato dai giudici cronologicamente e logicamente prima della questione di cui alla lettera a). La scelta di esaminarlo qui in seconda battuta non è casuale, ma è dettata dal fatto che, nel quadro complessivo della pronuncia di legittimità, esso viene oscurato dalla ricostruzione fornita in merito a cosa debba intendersi per discriminazione, e all'angolo prospettico dal quale è opportuno valutare se di discriminazione possa parlarsi. Ciò premesso, è condivisibile quanto sostenuto dalla Suprema Corte circa la discutibile doppia valenza attribuita dai giudici di secondo grado alle condotte tenute dagli imputati. Se, infatti, si ritiene che la petizione non integri nei contenuti alcun comportamento illecito di istigazione, stante la legittimità di una raccolta di firme (finalizzata allo sgombero dei campi nomadi abusivi nel territorio comunale e volta ad evitarne la realizzazione di nuovi, dunque non diretta ad allontanare definitivamente gli zingari

22.12.2005, che, nel confermare la condanna a 4 mesi per un barista il quale si era rifiutato di servire il caffè a clienti extracomunitari adducendo che essi erano stati causa di continui disordini quando abusavano nel bere, ha colto nelle scuse dell'esercente "un tentativo postumo ed inadeguato di giustificare una condotta abituale che non aveva altre più plausibili e legittime motivazioni".

<sup>116</sup> Così VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 144 ss., il quale sottolinea come, il Tribunale, a differenza dei giudici di grado superiore, nel porre l'accento sulla "dignità della persona" non trascuri di richiamare espressamente anche la "pace" ed la "pubblica tranquillità", in qualità di beni salvaguardati dalla fattispecie e rispetto ai quali andrebbe accertata l'esistenza del pericolo concreto di lesione.

<sup>117</sup> Ancora VISCONTI, op. ult. cit., 148.

<sup>118</sup> Così, testualmente, VISCONTI, op.cit., 149.

Sinti da Verona), non si comprende come, in seconda battuta, si possa cogliere nella petizione e nella sua pubblicizzazione attraverso manifesti l'intento "più vasto di propagandare idee dirette a mandare via gli zingari in quanto tali e comunque a discriminarli nei termini previsti dalla norma". Giustamente – si rileva – è contrario ad ogni logica considerare "illecita la propaganda e lecito il contenuto della petizione". Allo stesso modo contraddittorio è qualificare la petizione come "un dato ulteriore rispetto alla condotta" di diffusione, quando trattasi di modalità, come nel caso delle dichiarazioni o dell'affissione dei manifesti, attraverso cui si realizza la "propaganda"<sup>119</sup>.

Ferma restando l'incongruità della motivazione d'Appello e, dunque, anche il corretto annullamento della sentenza con rinvio, è evidente come il messaggio che emerge dalla decisione della Cassazione è il seguente: "Se sono ladri legittimo discriminare i nomadi"<sup>120</sup>, *in quanto basato su un pregiudizio fondato!*

Sul punto è bene rilevare come in una pronuncia del Tribunale di Torino del 1997 si affermi l'esatto contrario, e precisamente che «a volte alla base di un tale atteggiamento differenziato può esserci la diffidenza per il diverso, od anche il collegamento aprioristico di certe caratteristiche negative ad un certo colore della pelle. Quasi si verificasse una sorta di determinismo tra la razza e la propensione a commettere un certo tipo di reati. È da ritenersi che ogni condotta che comporti un atteggiamento diverso su differenti serie di soggetti, con conseguenze negative per una e positiva per un'altra, esclusivamente in dipendenza della loro "razza" e dei pregiudizi a questa collegati rientri nella dizione della norma citata»<sup>121</sup>.

Spostando l'attenzione sul versante della circostanza aggravante c.d. "della

<sup>119</sup> Ancora Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit., che precisa, riprendendo la tesi dell'accusa, come «i due reati sono diversi e non devono necessariamente concorrere tra loro perché colui il quale commette o incita a commettere atti di discriminazione non deve necessariamente propagandare l'incitamento e viceversa chi propaga idee discriminatorie non deve necessariamente commettere atti discriminatori. Nella fattispecie, però, i due reati erano stati commessi in un unico contesto ed erano tra loro collegati tanto è vero che nello stesso capo d'imputazione erano stati accorpati in un'unica contestazione». Tale impostazione, tuttavia, regge nella misura in cui si ritenga illecita nei contenuti la petizione, cui la propaganda era strumentale; diversamente la coerenza logica del costruito viene a cadere.

<sup>120</sup> Così *La Repubblica*, 30 giugno 2008.

<sup>121</sup> Trib. Torino, sez. I pen., cit., 482. Nel caso di specie gli imputati vengono condannati per aver impedito a cittadini extracomunitari l'accesso in un locale, nel quale, però, gli artisti chiamati ad esibirsi erano africani.

finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale o religioso" ex art. 3, legge n. 205/93, destinata anch'essa ad essere dimenticata e riemersa solo di recente<sup>122</sup>, si prende atto dell'incertezza nella quale versa la giurisprudenza di legittimità circa l'esatta definizione del termine "odio" ed il corretto accertamento della "finalità" specifica che contraddistingue l'aggravante.

Sul punto la Suprema Corte<sup>123</sup> ha affermato che il legislatore avrebbe attribuito «rilevanza all'odio non in quanto semplice movente dell'azione ma appunto in quanto costituente finalità esterna della medesima, posta in rapporto di equivalenza con quella di discriminazione, giacché, altrimenti, avrebbe adoperato l'espressione "motivi", indicativa non delle finalità, ma delle pulsioni interne dell'agentes»<sup>124</sup>. Pertanto, ai fini della configurabilità dell'aggravante, non basta accertare in capo al soggetto attivo un mero sentimento di antipatia, insofferenza, rifiuto, ma piuttosto si richiede che «per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione».

È evidente come i giudici cerchino qui di ancorare l'aggravante alla "concreta" pericolosità della condotta, nel caso di specie delle espressioni ingiuriose "sporche negre"; ma proprio l'indefinitezza dei termini impiegati determina un'applicazione disomogenea dell'aggravante. La Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, limitatamente all'aggravante *de qua* riferita al reato d'ingiuria. Poco tempo dopo, però, nell'ambito di un altro procedimento e in presenza dei medesimi fatti, la Corte opererà per la soluzione opposta, in ragione di un "disconoscimento dell'uguaglianza" ovvero di una "affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui"<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295; Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381; Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, n. 11919, in *Crit. dir.*, 2006, 373 ss., con commento di D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*; e di FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *RIDPP*, 2007, 1455 ss.

<sup>123</sup> Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, cit.

<sup>124</sup> FERLA, op. cit., 1466, denuncia l'atteggiamento della Corte, la quale si avvale di una definizione di odio priva di alcun riconoscimento normativo sia nella Convenzione ONU di New York, che nella legge n. 205/93.

<sup>125</sup> Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, cit.; e Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, n. 11919, cit.

Secondo codesta pronuncia non occorre collegare l'espressione ingiuriosa a ulteriori, potenziali manifestazioni di odio o discriminazione altrui, perché l'offensività è insita già nel reato-base. È corretto, allora, affermare che la finalità non coincide con i motivi che sottintendono l'agire discriminatorio, altrimenti si darebbe rilevanza ad una componente intrinsecamente soggettiva, ma che il disvalore va colto nel "dato culturale che lo connota". Sicché «*l'espressione "sporco negro", che combina la qualità negativa del dato razziale, è frequente ed inequivoca nel particolare significato assunto nell'insieme. A riprova, non ha equivalenti: non risulta adottata in occidente alternativamente l'espressione "sporco giallo", né in Africa o in Cina "sporco bianco". Perciò significa lo spregio non occasionale dell'attributo, che si rapporta nell'accezione corrente ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola "razza", che inquina il costume sino al punto da radicare manifestazioni di gruppo*»<sup>126</sup>.

Dinanzi al disorientamento che al momento connota la giurisprudenza di legittimità è comprensibile il timore di chi<sup>127</sup> sottolinea il rischio di facili generalizzazioni, che potrebbero condurre ad un'indiscriminata applicazione della aggravante in parola. Voler prescindere tanto dall'atteggiamento psicologico dell'agente, quanto dal contesto nel quale si realizza il comportamento dispregiativo, potrebbe comportare una vera e propria "criminalizzazione della parola". Peraltro, ancorare l'applicazione dell'aggravante al mero dato oggettivo male si concilierebbe con gli orientamenti oramai consolidati in tema di colpevolezza, che hanno trovato pieno riconoscimento anche in materia di circostanze con la legge n. 19 del 1990<sup>128</sup>.

Purtroppo, ancora una volta, si deve prendere atto della radice di tale situazione d'incertezza, ossia la scarsa aderenza al canone della precisione, che nel caso di specie interessa direttamente il termine "finalità", il quale può qualificare la condotta ora in senso soggettivo, ora il senso oggettivo<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Così, alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, cit.

<sup>127</sup> FERLA, op. cit., 1469.

<sup>128</sup> Così, ancora, FERLA, op. cit., 1469 s. In argomento, nella manualistica, v., per tutti, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, 649 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 428 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 416 ss.

<sup>129</sup> Per ulteriori sviluppi, anche alla luce delle recenti proposte di riforma legislativa, v. FERLA, op. cit., 1470 ss.

#### 4. Nuovi paradigmi: il c.d. "pacchetto sicurezza" tra illegittimità costituzionale e comunitaria

La XVI legislatura si è aperta all'insegna dello slogan "più sicurezza per tutti"<sup>130</sup>, tradottosi in alcuni provvedimenti, subito oggetto di dure critiche, nei confronti degli immigrati presenti in territorio italiano. Ci si riferisce al Decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 – "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" -, come convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125<sup>131</sup>, meglio conosciuto sotto la denominazione "Pacchetto sicurezza", il quale conferma il *trend* ormai consolidato nella produzione normativa degli ultimi anni, che ricorre troppo spesso al diritto penale come rimedio buono per tutti i mali.

Anche la precedente legislatura si è contraddistinta, sul finire, per interventi di questo tipo, promossi dal "partito dei sindaci" per fronteggiare il fenomeno dei lavavetri al semaforo, giustamente ribattezzato "una forma malamente dissimulata di mendicizia", come tale "perfettamente lecita"<sup>132</sup>. Non entrando nel merito della questione emersa in punto di diritto circa il conflitto tra norme di rango differente<sup>133</sup>, è possibile comunque cogliere in codeste previsioni un malcelato contenuto discriminatorio, che sembra caratterizzare sempre più spesso l'operato dell'esecutivo<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Sul richiamo alla "sicurezza" quale bene "diffuso", riferibile non più e non solo ai settori dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, ma anche a nuovi ambiti, i più disparati, dal terrorismo all'informatica, dai luoghi di lavoro ai mercati finanziari, etc., e sulla trasformazione del diritto penale in diritto penale della prevenzione v., da ultimo, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *CP*, 2008, 3335 ss.

<sup>131</sup> Per una trattazione complessiva della legge 24 luglio 2008, n. 125, v., di recente, AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., *passim*; AA.VV., *Il decreto sicurezza*, a cura di SCALFATI, Torino, 2008, *passim*; AA.VV., *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>132</sup> SIMONI, *Lavavetri, stato di diritto e altri fastidi*, in *www.osservazione.org*.

<sup>133</sup> Sul punto v. i contributi di RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqua e il Sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *RIDPP*, 2008, 133 ss.; GIUNTA, *I lavavetri e la legalità*, in *Crit. dir.*, 2007, 42 ss.; PEPINO, «*Guerra ai poveri*» e *giurisdizione*, commento a Sindaco di Firenze, ord. 25 agosto 2007, n. 2007/00774 (Divieto di esercizio del mestiere girovago di "lavavetri"); ord. 11 settembre 2007, n. 2007/00833 (Tutela dell'incolumità pubblica nelle strade cittadine e agli incroci semaforici); e Trib. Firenze, Sez. GIP, decreto 20 settembre 2007, giudice Ferrante, in *QG*, 5/2007, 1071 ss.

<sup>134</sup> Si pensi alle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3676, 3677 e 3778 del 30.05.2008, che, tra le misure urgenti di protezione civile per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni di Lazio, Lombardia e Campania, prevedono l'identificazione di rom, adulti e bambini, attraverso le impronte digitali. Sul punto v. la Risoluzione del Parlamento Europeo approvata il 10 luglio 2008, in *QG*,

Coerenti con tale clima politico appaiono allora alcune disposizioni del c.d. “Pacchetto sicurezza”, sulle quali ci si soffermerà tra breve, ora di riforma dell’esistente, ora di nuova fattura, che ruotano intorno allo straniero, talvolta addirittura indistintamente considerato (comunitario e non)<sup>135</sup>.

Secondo la chiave di lettura qui proposta in apertura, tali norme rappresentano un “nuovo” paradigma di “crimini contro l’ospitalità”: “nuovo”, in quanto l’attore della discriminazione non è più il privato, come nel caso degli illeciti di cui agli artt. 1 e 3 della legge n. 205/93<sup>136</sup>, ma direttamente lo Stato.

L’attenzione si concentrerà prima sull’espulsione dello straniero *ex art. 235 c.p.*, poi sull’aggravante della “clandestinità” di cui all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., per metterne in luce i profili di dubbia conformità al dettato costituzionale e alla normativa comunitaria, avendo come principale riferimento il canone dell’uguaglianza.

4/2008, 215 ss., con nota introduttiva di CAPUTO, *L'emergenza «comunità nomadi»*; e i commenti di RODOTÀ, *La schedature etnica*, *La Repubblica*, 1 luglio 2008, 35 s., il quale sottolinea come «l’evasione dalla scuola dell’obbligo è dell’8 per cento su scala nazionale e arriva al 16 per cento nelle grandi città del Sud. Isolare in questo universo soltanto i rom significa operare una selezione su base etnica, che viola l’eguaglianza e ferisce la dignità. Quando, nel 1949, si scrisse la Costituzione della nuova Germania, si volle che il suo primo articolo fosse così concepito: “la dignità umana è inviolabile”....Il principio di dignità, che dovrebbe essere la misura e il limite di ogni intervento legislativo, viene cancellato da qualche circolare ministeriale»; e PROSPERI, *La banalità del razzismo*, *ibidem*, 37, che nota come il metodo della rilevazione delle impronte sin dalla sua prima applicazione, nel 1897, abbia assunto un ruolo chiave nell’ambito della selezione tra “razze” buone e “razze” cattive, nell’ottica di eliminare proprio quest’ultime, in quanto troppo lontane dalla cosiddetta “normalità”. Più di recente si considerino rispettivamente il Ddl S. 1028, 17 settembre 2008, avente ad oggetto l’istituzione delle c.d. “classi – ponte” per l’alfabetizzazione di bambini stranieri che non conoscono la lingua italiana (v. BENEDETTI, *Si alle classi separate*, *Il Corriere della sera*, 15 ottobre 2008, [www.corriere.it](http://www.corriere.it)) e l’emendamento al Ddl S. 733, 3 giugno 2008, (il 2° “pacchetto sicurezza”), respinto alla Camera e ripresentato dalla Lega Nord per l’esame in aula a Palazzo Madama, con cui s’intende abrogare il comma 5 dell’art. 35, d. lgs. n. 286/98, il quale prevede la gratuità delle cure urgenti ed essenziali anche agli stranieri non iscritti al SSN, privi di permesso di soggiorno, e privi di risorse economiche, e non impone alcun obbligo di segnalazione ai medici, salvo i casi di obbligatorietà di referto, come per i cittadini italiani. (*Lega Nord contro le cure agli immigrati*, *il sole24ore*, 13 novembre 2008, [www.sole24ore.com](http://www.sole24ore.com)).

<sup>135</sup> Per un primo commento “a caldo” v. FRIGO, *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *GD*, 2008, 33, 11 ss.

<sup>136</sup> Cfr. *supra* par. 3.



#### 4.1. L'espulsione dello straniero ex art. 235 c.p.

Scorrendo il testo della legge 24 luglio 2008, n. 125, ci si misura subito con l'art. 1, che interviene sulla disciplina in tema di espulsione dello straniero, *sub specie* misura di sicurezza, ampliandone lo spettro applicativo.

La precedente formulazione dell'art. 235 c.p. disponeva l'espulsione laddove lo straniero fosse stato condannato "ad una pena non inferiore ad anni dieci di reclusione"; adesso è sufficiente la condanna alla reclusione "per un periodo superiore ai due anni".

Inoltre, il nuovo testo si caratterizza per la previsione di una duplice modalità di applicazione della misura, a secondo che il destinatario sia o meno un cittadino comunitario. Alla "espulsione" si affianca "l'allontanamento".

È noto come l'adesione all'Unione Europea abbia immediatamente posto al centro della discussione la questione interpretativa legata all'esatta nozione di "straniero", in qualità di soggetto destinatario del provvedimento di espulsione. L'art. 4 c.p., norma definitoria di "cittadino italiano", da cui *a contrario* si risaliva alla nozione di "straniero", risultava alquanto inadeguata, stante il suo ancoraggio al territorio dello Stato nazionale. Lo stesso d. lgs. n. 286/98, senza dubbio più in linea con gli impegni di matrice comunitaria nel restringere la categoria suddetta ai soli cittadini extracomunitari ed agli apolidi, non è risolutivo della *querelle* in quanto ricollega la nozione all'applicazione del solo Testo unico sull'immigrazione<sup>137</sup>. Sulla scorta di queste argomentazioni "l'allontanamento" rappresenterebbe una *nuova misura di sicurezza*<sup>138</sup>, come tale meritevole di un riconoscimento espresso anche nell'art. 215 c.p., che invece tace sul punto annoverando al comma 3, n. 4, la sola espulsione.

Tralasciando il nodo interpretativo, la cui risoluzione si presenta di scarso rilievo pratico<sup>139</sup>, è probabilmente nel vero la lettura che coglie dietro questa "duplicazione" di misure di sicurezza un preciso intento legislativo «di brandire l'arma dell'espulsione contro "certi" cittadini comunitari "promossi" in

<sup>137</sup> Riassumono la problematica RICARDI, VIZZARDI, *sub art. 235 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, 2ª ed., Milano, 2006, 1791 s. Sul punto v., da ultimo, anche MASERA, *Immigrazione*, cit., 32 ss.

<sup>138</sup> PELISSERO, *Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in DPP, 2008, 1351.

<sup>139</sup> PELISSERO, op. ult. cit., 1351 s., ricollega il *novum* legislativo al profilo delle successione delle leggi penali nel tempo. L'art. 199 c.p., come noto, consente di applicare l'allontanamento dal territorio dello Stato anche per fatti commessi da cittadini comunitari prima dell'entrata in vigore del "pacchetto sicurezza".

sede europea...nonostante il brutto voto “in condotta”»<sup>140</sup>.

Di fronte a questa riforma, la prima considerazione da farsi attiene alla trasformazione, invero già in atto, della misura di sicurezza dell'espulsione da strumento ultimo, in linea col canone della sussidiarietà del diritto penale, a mezzo di ordinaria amministrazione della giustizia<sup>141</sup>. In merito si ritiene “costituzionalmente censurabile” la scelta irragionevole di prevedere quale possibile indice di pericolosità una condanna superiore ai due anni, soprattutto se si tiene conto dello scarto considerevole tra vecchia e nuova disciplina<sup>142</sup>.

Un ambito applicativo così esteso funge certamente da cartina al tornasole dello spirito securitario che anima il “pacchetto sicurezza”, eppure, una volta passati alla fase dell'accertamento della “pericolosità sociale”, potrebbe subire un consistente ridimensionamento.

Pur lasciando alla prassi la risposta definitiva sul punto, è indubbio che la sorte dell'espulsione dello straniero è legata alla “pericolosità sociale”<sup>143</sup>. Avendo presente l'estrema genericità della nozione e, conseguentemente, gli ampi margini di discrezionalità di cui dispongono gli organi giudicanti, una delle soluzioni interpretative potrebbe riportare i “nuovi” spazi di cui dispone l'art. 235 c.p. entro margini di tollerabilità<sup>144</sup>.

Non si possono, tuttavia, escludere *a priori* mutamenti di rotta che conducano al ripristino della situazione *quo ante* (precedente, cioè, alla pronuncia di Corte cost., n. 58/1995), ossia ad una “nuova” pericolosità presunta, seppur

<sup>140</sup> Così, testualmente, VIGANÒ, VIZZARDI, “Pacchetto sicurezza” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei, in *DPP*, 2008, 814.

<sup>141</sup> VIGANÒ, VIZZARDI, op. ult. cit., 813, nel rilevare come già un precedente legislativo (la modifica dell'art. 15 d.lgs. n. 186/98 in seguito all'entrata in vigore della legge n. 189/2002, meglio conosciuta come legge “Bossi-Fini”) avesse ampliato la gamma delle fattispecie presupposto per l'applicazione dell'espulsione dello straniero (taluno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p.), sottolineano quanto si sia abbassata la soglia di rilevanza penale al di sopra della quale è possibile incappare nella misura di sicurezza suddetta, tenuto conto, peraltro, degli effetti derivanti dalla nuova aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis*, c.p.

<sup>142</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Appendice di aggiornamento, 6.

<sup>143</sup> Da ultimo v. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, *passim*.

<sup>144</sup> Di questo avviso, in considerazione dell'atteggiamento di *self restraint* che, successivamente all'affermazione del divieto di presunzioni di pericolosità sociale (v. Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 58, in *DPP*, 1995, 476.), ha contraddistinto l'operato dei giudici nell'applicazione delle misure di sicurezza, VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 816; e GATTA, *Modifiche in tema di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*, in AA.VV., “Decreto sicurezza”, cit., 51. Quest'ultimo sottolinea l'incompatibilità tra la concessione della sospensione condizionale della pena e l'espulsione dello straniero, stante la previa prognosi di segno positivo che sta alla base della causa estintiva della pena.

in forma mascherata, ove si dichiarino “pericolosi” gli stranieri irregolari, giustificando tale assunto sulla base della loro clandestinità, rilevante come “condizione di vita” *ex art.* 133, comma 2, c.p.<sup>145</sup>.

A sostegno di una lettura in tal senso si richiama la nuova circostanza aggravante, introdotta all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., e costruita intorno alla presenza irregolare dello straniero sul territorio nazionale. Così come la violazione della disciplina amministrativa in tema di ingresso o permanenza nello Stato italiano determina un aggravamento sanzionatorio sganciato dall’offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, e giustificato da esigenze di prevenzione<sup>146</sup>, anche l’applicazione dell’espulsione dello straniero *ex art.* 235 c.p. si regge su una presunzione o quasi-presunzione di pericolosità fondata sul mero indizio della clandestinità<sup>147</sup>.

Si potrebbe assistere, pertanto, ad un’altra trasformazione della misura di sicurezza in esame, la quale assume le vesti di una vera e propria “pena accessoria”. Il provvedimento di espulsione, non prevedendo per sua natura<sup>148</sup> valutazioni *in itinere* circa la cessazione della pericolosità sociale, si risolve, infatti, in una misura definitiva<sup>149</sup>.

Ulteriori perplessità si condensano attorno al rispetto dei vincoli di diritto comunitario, rilevanti solo ai fini dell’applicazione della misura dell’allontanamento.

In ambito europeo il quadro normativo di riferimento trova il suo primo indicatore negli artt. 48 e 56 del Trattato CEE (oggi artt. 39 e 46 Trattato CE), disposizioni chiave rispettivamente della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento di attività. La disciplina in esse contenuta va coordinata con la direttiva CEE 64/221, in tema di trasferimento e soggiorno degli stranieri, e con la direttiva 2004/38/CE sul “diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari”<sup>150</sup>. Quest’ultimo provvedimento ha trovato attuazione nell’ordinamento italiano con il d.lgs. n. 30/07, a sua volta modificato dal d.lgs. n. 32/08<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1353 s. e 1357. Id., *Pericolosità sociale*, cit., 299 s.

<sup>146</sup> Per approfondimenti v. *infra* par. 4.2. e, per tutti, MASERA, *Immigrazione*, cit., 7 ss.

<sup>147</sup> Così PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 300.

<sup>148</sup> L’immigrato non si trova più sul territorio italiano.

<sup>149</sup> PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1354 s. e 1357, cui si rinvia per ulteriori sviluppi in merito al profilo della durata della misura dell’espulsione dello straniero.

<sup>150</sup> Cfr., sul punto, VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 814 s.; e PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1352 ss.

<sup>151</sup> Per un primo commento CAPUTO, *La nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario*, in DPP, 2008, 784 ss.

Il punto critico insiste sempre sulla “*pericolosità sociale*”, il cui contenuto dovrebbe arricchirsi delle indicazioni provenienti dalla normativa appena richiamata, in particolare dall’art 27, comma 2, della direttiva 2004/38/CEE, come recepito nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 30/07 all’art. 20, comma 4. Tale disposizione statuisce che “i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, ne’ da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell’interessato che rappresentino una minaccia concreta e attuale all’ordine pubblico o alla pubblica sicurezza”.

Degno di attenzione è, inoltre, l’inciso posto a chiusura dello stesso comma quarto, nel quale si legge che “l’esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l’adozione di tali provvedimenti”. Quest’ultimo riferimento testuale è utile ai fini del nostro discorso, in quanto dovrebbe escludere qualsivoglia presunzione di pericolosità e, conseguentemente, “automatismi tra pronuncia penale e provvedimento di allontanamento”<sup>152</sup>. Occorrerà, pertanto, valutare se in concreto la condotta del reo assuma i contorni di un *pericolo serio e attuale*<sup>153</sup> per “l’ordine pubblico” e “la sicurezza pubblica”.

Nel constatare l’estrema genericità di tali concetti<sup>154</sup>, va segnalata la significativa impostazione<sup>155</sup> tesa a recuperare la reale pericolosità di dati comporta-

<sup>152</sup> CAPUTO, op. ult. cit., 786.

<sup>153</sup> Così PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1353. Sviluppi ulteriori in VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 814 s., i quali richiamano anche l’art. 28, comma 1, direttiva 2004/38/CEE, recepito dall’art. 20, comma 5, d.lgs. n. 30/07 (“Nell’adottare un provvedimento di allontanamento, si tiene conto della durata del soggiorno in Italia dell’interessato, della sua età, della sua situazione familiare e economica, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell’importanza dei suoi legami con il Paese di origine”).

CAPUTO, op. ult. cit., 787, denuncia il mancato richiamo espresso, nell’art. 20, comma 4, d.lgs. n. 30/07, dell’ulteriore requisito della “sufficiente gravità” previsto nell’art. 27 della direttiva 2004/38/CEE, che tuttavia potrà essere considerato al momento del giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità.

<sup>154</sup> La nozione di “sicurezza pubblica” manca di un’elaborazione giurisprudenziale in sede comunitaria e si trova “stretta” tra “l’ordine pubblico” e la “sicurezza dello Stato” da cui va distinta. Essa va riferita a “comportamenti eversivi e destabilizzanti” che mettano in pericolo la comunità locale. Tuttavia, cede il passo alla “sicurezza dello Stato” quando, secondo l’enunciato del comma 2 dell’art. 20, d.lgs. n. 30/07, “la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all’articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali”; “all’ordine pubblico” laddove venga in essere “una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività”. Così CAPUTO, op. ult. cit., 786 s.

<sup>155</sup> PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1357.

menti alla luce del principio di proporzionalità e orientata a “sterilizzare gli effetti della riforma legislativa”<sup>156</sup>.

La difformità a suddetto canone interpretativo di alcuni delitti contro la personalità dello Stato (per tutti il Vilipendio alla bandiera), suscettibili di dar corso all’allontanamento dello straniero *ex art.* 312 c.p., paralizza l’applicazione della misura di sicurezza in quanto essi non costituiscono in concreto un pericolo per “la sicurezza dello Stato”. Una lettura di uguale segno, in cui la proporzionalità funge da filtro ulteriore, dovrebbe orientare anche la valutazione di comportamenti che coinvolgono “l’ordine pubblico” e “la sicurezza pubblica”.

Pertanto, i beni giuridici appena richiamati andranno “intesi nella loro accezione materiale” ovvero, quando il destinatario del provvedimento di espulsione sia uno dei soggetti indicati all’art. 20, comma 6, d.lgs. n. 30/07, si richiederà una prognosi rispetto a “reati di particolare gravità, tali da compromettere la sicurezza dello Stato o turbare gravemente l’ordine pubblico o la pubblica sicurezza”<sup>157</sup>.

Si resta così ancorati al *principio d’interpretazione conforme* al diritto dell’Unione, che nel caso di specie interessa una fonte di primo pilastro<sup>158</sup>.

Il quadro sin qui tracciato consente di cogliere due costanti:

a) tanto il dettato costituzionale quanto la normativa comunitaria non lasciano spazi a presunzioni di pericolosità. Il rischio correlato ad eventuali, inammissibili, deroghe a tale punto fermo è di riproporre un “nuovo” diritto penale d’autore<sup>159</sup>, come tale contrario, tra gli altri e per tutti, al principio di

<sup>156</sup> L’espressione è di MASERA, *Immigrazione*, cit., 34.

<sup>157</sup> Così, ancora, PELISSERO, op. loc. ult. cit., il quale richiama come modello di riferimento l’art. 20, comma 3, d.lgs. n. 30/07, nel quale si individua uno *standard* di pericolosità ne “i motivi di sicurezza pubblica”.

<sup>158</sup> V. tuttavia i passi avanti compiuti anche in ambito di terzo pilastro con la nota pronuncia CGCE, Grande sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, in *DPP*, 2005, 1178 ss. Tra i primi commenti cfr. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l’Union dans l’Espace de justice, sécurité et liberté*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, 1 ss.; FLETCHER, *Extending “in direct effect” to the third pillar: the significance of Pupino*, in *Eur. Law Rev.*, 2005, 862 ss.; CHERUBINI, *L’obbligo d’interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *DPP*, 2005, 1437 ss. Da ultimo sul tema dei rapporti tra fonti statali e fonti comunitarie v. AA.VV., *Diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>159</sup> Da ultimo FLORA, *Verso un moderno diritto penale d’autore?*, in *RIDPP*, 2008, 559 ss. Rivolgendo l’attenzione al tema affine del “diritto penale del nemico” v. la raccolta di saggi stra-

offensività e al principio di uguaglianza.

b) ad una cattiva formulazione delle norme corrisponde inevitabilmente uno “sproporzionato” potere discrezionale in capo agli organi giudicanti, i quali, nel caso di specie, si vedono gravati di un compito che spetta primariamente al legislatore, il controllo del fenomeno migratorio<sup>160</sup>.

Per ragioni di completezza si tengano presenti anche i vincoli di diritto internazionale, derivanti dalla partecipazione dello Stato italiano alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, il cui effetto è di restringere ulteriormente gli spazi applicativi dell’espulsione dello straniero in senso lato<sup>161</sup>. Le norme di riferimento sono gli artt. 3 e 8 CEDU, rispettivamente rubricati “divieto di tortura”, il primo, e “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, il secondo, che, nell’ambito della normativa in tema di immigrazione, hanno trovato attuazione all’art. 19 d.lgs. n. 286/1998<sup>162</sup>.

Non sarà, dunque, possibile dar seguito all’espulsione quando nel Paese di destinazione lo straniero possa essere perseguito per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero vi sia il fondato rischio che sia rinviato ad altro Stato nel quale manchi protezione da eventuali persecuzioni (art. 19, comma 1, cit.)<sup>163</sup>. An-

nieri tradotta in italiano ed intitolata *Diritto penale del nemico*, a cura di DONINI e PAPA, Milano, 2007, *passim*; i contributi in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI e ORLANDI, Bologna, 2007, *passim*; gli atti del Convegno “Verso un diritto penale del nemico”, tenutosi a Roma nei gg. 24 e 25 marzo 2006, pubblicati su *QG*, 4/2006; DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *CP*, 2006, 735 ss.; VIGANÒ, “Diritto penale del nemico” e diritti fondamentali, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO, Milano, 2008, 107 ss.; DEMURO, *Il “diritto penale del nemico” e i diritti fondamentali nell’era del terrorismo*, ibidem, 149 ss.; FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, ibidem, 161 ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *RIDPP*, 2007, 470 ss.

<sup>160</sup> Lo sottolineano VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 816; PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1357; e MASERA, *Immigrazione*, cit., 6 s.

<sup>161</sup> Per una diffusa trattazione delle relazioni tra diritto penale sostanziale e CEDU v. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, *passim*; e DE VEROPANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, *passim*.

<sup>162</sup> VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 815 s., cui si rinvia anche per richiami alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

<sup>163</sup> Per completezza si riporta il comma successivo, cui non si farà riferimento in testo.

Art. 19, comma 2,

*Non è consentita l’espulsione, salvo che nei casi previsti dall’articolo 13, comma 1, nei confronti:*

drebbe ugualmente esclusa l'espulsione qualora vi siano fondate ragioni di ritenere che nel paese ricevente il destinatario del provvedimento possa essere sottoposto a torture o trattamenti inumani e degradanti<sup>164</sup>.

Per concludere, si consideri, ancora, il "nuovo" delitto di "trasgressione dell'ordine di espulsione od allontanamento pronunciato dal giudice" (art. 235, comma 2, c.p.), che, conformemente a quanto già disposto dal d.lgs. n. 286/98 per le altre figure di espulsione, viene affiancato dalla contestuale applicazione dell'arresto obbligatorio, a prescindere dalla flagranza nel reato, e dalla sottoposizione al rito direttissimo<sup>165</sup>.

Si è rilevato come, anche in assenza di questa espressa previsione normativa, lo straniero non comunitario sarebbe andato comunque incontro alla reclusione da uno a quattro anni<sup>166</sup>, tenuto conto che l'inciso "si applicano le sanzioni stabilite dalle leggi di sicurezza pubblica per il caso di contravvenzione all'ordine di espulsione emanato dall'autorità amministrativa", di cui al previgente art. 235, comma 2, c.p., andava riferito proprio al T.U. in materia

a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;

b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;

c) degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;

d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

Con riferimento alla lettera c), VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 815 s., richiamano le acquisizioni della giurisprudenza di Strasburgo, in modo da garantire una tutela più ampia ai "legami affettivi coltivati dall'individuo", prescindendo dalla contrapposizione tra famiglia "legittima" e famiglia "di fatto".

<sup>164</sup> VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in RIDPP, 2007, 51, nota 22, sottolinea come quest'ultimo enunciato, contenuto nell'art. 3 CEDU, non venga espresso in modo chiaro nell'art. 19, comma 1, cit.. Il termine "persecuzione", infatti, presenta margini di indeterminazione tali da far ritenere quanto meno dubbia la riferibilità dello stesso anche alla tortura e ai trattamenti inumani e degradanti.

<sup>165</sup> Tali disposizioni vengono trasposte alla lettera anche nell'art. 312, comma 2, c.p. relativo all'applicazione della misura di sicurezza dell'allontanamento/espulsione quando siano commessi delitti contemplati nel titolo I, libro II, c.p. Sul punto AMATO, *Cittadini europei allontanabili dal territorio*, in GD, 2008, 32, 86 s.; e GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, ibidem, 78, i quali sottolineano come la previsione di una disciplina identica a quella contenuta nel d.lgs. n. 286/98 non risolve il problema di fondo che attiene all'esecutività del provvedimento di espulsione.

<sup>166</sup> In caso d'inadempimento dell'ordine di allontanamento da parte del cittadino comunitario la disciplina è più articolata, prevedendosi più fattispecie delittuose dal diverso regime sanzionatorio. Per approfondimenti si rinvia a CAPUTO, op. cit., 789 s.

di immigrazione, precisamente all'art. 14, comma 5-ter, o, in alternativa, all'art. 13, comma 13-bis d.lgs. n. 286/98<sup>167</sup>. Al di là dell'interpretazione che si voglia dare alla "nuova" disposizione, resta comunque il dato, già evidenziato, di un "pacchetto sicurezza" votato al maggior rigore possibile.

#### 4.2. La circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p.

La novità più eclatante, introdotta dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, è l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., che determina un aumento fino a un terzo della pena-base quando il colpevole abbia commesso il reato trovandosi illegalmente sul territorio nazionale. Nel caso di specie è evidente il riferimento al solo clandestino<sup>168</sup>. Dunque, la circostanza non si applica quando tale situazione d'irregolarità integri di per sé una fattispecie di reato, come nei casi di trasgressione dell'ordine di espulsione o di allontanamento<sup>169</sup>.

L'aver costruito questa figura attorno ad una "condizione personale" pone, innanzitutto, problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.<sup>170</sup>

A tal proposito, si è immediatamente notata<sup>171</sup>, in sede di conversione in legge del decreto, la riformulazione della lettera dell'art. 61, comma 1, n. 11-bis, c.p., quasi che il legislatore fosse consapevole dei rischi di un aggravante *ad personam*<sup>172</sup>. L'espressione "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale" viene preferita alla formula "se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente nel territorio nazionale"<sup>173</sup>. Oc-

<sup>167</sup> Così AMATO, op. ult. cit., 84, che tuttavia giustifica la novità legislativa nell'ottica di risolvere *a priori* eventuali problemi di concorrenza tra norme.

<sup>168</sup> Per "clandestino" s'intende anche il cittadino comunitario che abbia superato il termine di durata del soggiorno o che abbia violato l'ordine di allontanamento.

<sup>169</sup> AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *GD*, 2008, 32, 88; GATTA, op. cit., 27; MASERA, *Immigrazione*, cit., 13.

<sup>170</sup> PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., 1080; VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 813, nota 2; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, Aggiornamento*, cit., 3. Da ultimo, con uno sguardo alle recenti ordinanze di remissione della questione alla Corte Costituzionale, ANTONINI, *Le altre modifiche*, cit., 1364 ss.; e MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Il Corr, mer.*, 2008, 1180 ss. *Contra*, AMATO, *Più grave*, cit., 88.

<sup>171</sup> PULITANÒ, op. ult. cit., 1079.

<sup>172</sup> Sul tema, in generale, DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *RIDPP*, 2004, 50 ss.

<sup>173</sup> Per un puntuale quadro delle posizioni emerse in sede di esame del decreto in Commissione Affari costituzionali del Senato v. ANTONINI, op. cit., 1362 s.



correva, dunque, una soluzione da cui emergesse la rilevanza oggettiva del comportamento. A ben vedere, però, l'opzione linguistica non ha risolto la questione di fondo, legata al contenuto discriminatorio della disposizione e riassumibile nel messaggio "immigrato irregolare uguale persona (più) pericolosa"<sup>174</sup>.

Il legislatore, in verità, non è nuovo a codificazioni di presunzioni assolute<sup>175</sup> – si pensi, di recente, al requisito della "proporzione" nella "nuova" legittima difesa –, le quali pongono, com'è noto, problemi di conformità al dettato costituzionale, soprattutto in punto di uguaglianza. La compromissione del principio suddetto, poi, è tanto maggiore quanto più, come nel caso di specie, si preclude al giudice uno spazio di manovra nella valutazione della propensione a delinquere del reo<sup>176</sup>. Ad avvalorare tale affermazione contribuisce l'accostamento dell'aggravante della clandestinità alla recidiva, per la quale, ad eccezione dei casi di cui all'art. 99, comma 5, c.p., è fatto salvo in capo al giudice il potere decisionale sull'applicazione o meno dell'aumento di pena. Sarebbe, infatti, contraria al canone della ragionevolezza la previsione di un trattamento sanzionatorio più rigoroso, e non governabile da parte del giudice, rispetto ad un soggetto che in precedenza si sia macchiato di un illecito amministrativo, quando il reiterante il reato può beneficiare di maggiore clemenza<sup>177</sup>. Inoltre, come attestato da una recente pronuncia della Corte cost., la n. 78/2007<sup>178</sup>, "il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza di un extracomunitario nel territorio dello Stato, di per sé, non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale".

Allo stesso modo non si può escludere la contrarietà di tale previsione al principio di uguaglianza/ragionevolezza facendo leva sulla presenza nel no-

<sup>174</sup> Così PULITANÒ, op. ult. cit., 1080, il quale ritiene che non sia equiparabile ad una "discriminazione di *status* in senso pieno, tipo leggi razziali. L'aggravante ha riguardo a comportamenti del reo, a monte del reato cui essa si applica" (p. 1079).

<sup>175</sup> Di questo avviso, ancora, PULITANÒ, op. loc. cit., 1080.

<sup>176</sup> MASERA, *Profili*, cit., 1182.

<sup>177</sup> Ancora MASERA, op. ult. cit., 1182, il quale nel sottolineare come ancora il nostro ordinamento non preveda il reato di immigrazione clandestina, invoca a sostegno delle sue conclusioni la recente pronuncia della Corte Cost., 5 giugno 2007, n. 192, in *DPP*, 2007, 997 ss.

<sup>178</sup> Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, in *DPP*, 2007, 195 ss., annotata da SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione*, ha dichiarato illegittimi gli artt. 47, 48, 50 ord. Penitenziario "ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione previste dai medesimi articoli".

stro sistema penale di altre circostanze costruite attorno ad uno *status* personale del reo<sup>179</sup>. Come è stato esattamente rilevato<sup>180</sup>, infatti, la condizione di latitanza (art. 61, n. 6, c.p.), sottintendendo la commissione di un precedente illecito penale, indizia la propensione a delinquere del condannato più di quanto non faccia la presenza irregolare sul territorio nazionale, condizione che presuppone una violazione di carattere amministrativo<sup>181</sup>. Inoltre, l'assimilazione alla "latitanza", che presuppone la fuga da qualcosa, viene a cadere, ove si pensi che l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. sia applicabile anche nei confronti di stranieri rispetto ai quali non sia stato emesso alcun provvedimento di espulsione, dunque soggetti non in fuga<sup>182</sup>.

Né, d'altra parte, si può chiamare in causa l'aggravante del danno di rilevante gravità *ex* art. 61, n. 7, c.p., o dei motivi abietti e futili *ex* art. 61, n. 1, c.p., per giustificare la *ratio* che anima la fattispecie circostanziale della clandestinità, quasi che l'ingresso o il trattenimento illecito dello straniero nel territorio italiano rendano maggiore il disvalore del fatto di reato. Nel caso di specie, a differenza delle figure appena richiamate, non sussiste alcun "nesso di funzionalità" tra l'illecito penale commesso e il fattore aggravante del quale l'autore si avvale per la commissione del reato<sup>183</sup>.

Scorrendo le ordinanze<sup>184</sup> di remissione alla Corte Costituzionale, ad essere violato non sarebbe soltanto *l'art 3 Cost.*, ma anche altre disposizioni:

*l'art. 13 Cost.*, dal momento che un sacrificio aggiuntivo della libertà personale, dettato dall'irrigidimento ulteriore del trattamento sanzionatorio fondato su una mera presunzione di maggiore pericolosità, si potrebbe giustificare solo in ragione di interessi di rango primario altrettanto meritevoli di protezione, quali non sembrano "gli invocati interessi pubblici della sicurezza dei cittadini e dell'ordine pubblico";

<sup>179</sup> Così AMATO, *Più grave*, cit., 88.

<sup>180</sup> FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 3.

<sup>181</sup> Pone l'accento sulla scelta di campo operata dall'ordinamento italiano a favore di una previa via amministrativa per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione, con un ricorso al penale solo in seconda battuta, tra gli altri, PISA, *Immigrazione e diritto penale*, in DPP, 2007, 845 ss.

<sup>182</sup> MASERA, *Profili*, cit., 1181 s.

<sup>183</sup> Ancora, MASERA, *Profili*, cit., 1181.

<sup>184</sup> Trib. di Latina, ord. 1 luglio 2008, n. 324, in G.U., 22 ottobre 2008, n. 44; Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, n. 308, in G.U., 8 ottobre 2008, n. 42. Per un primo commento ANTONINI, op. cit., 1364 ss.; MASERA, op. ult. cit., 1180 ss.; CAPUTO, *L'aggravante della presenza «illegale» dello straniero e del cittadino comunitario*, in QG, 5/2008, 214 ss. Si tenga presente che le ordinanze suddette sono state emesse prima della conversione in legge del decreto.

*l'art. 25, comma 2, Cost.*, nella veste di referente normativo del principio di offensività, in quanto l'aumento di pena è svincolato da qualunque valutazione in termini di lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato, discendendo piuttosto dal mero dato oggettivo della presenza "illegale" dello straniero sul territorio dello Stato italiano.

Si prescinde, in altri termini, dalla gravità dell'illecito commesso, concentrando tutto il disvalore sulla situazione di irregolarità pregressa, che, è evidente, non ha alcuna relazione con il reato venuto in essere in un momento logicamente e cronologicamente successivo<sup>185</sup>. La condizione di clandestino nulla aggiunge alla fattispecie di cui si integrano gli estremi. L'offesa al bene giuridico di riferimento non si arricchisce, è tale e quale all'offesa corrispondente commessa da un qualunque soggetto, sia esso cittadino italiano o clandestino<sup>186</sup>.

Tale precisazione consente di scindere i due piani: da un lato la violazione della normativa in tema di immigrazione che, com'è noto, può anche portare alla commissione di illeciti penali di settore, dall'altro la rottura dell'ordinamento penale precostituito, quando si offendano beni giuridici, quali il patrimonio, l'ordine pubblico etc., che è indipendente dalla regolarità/irregolarità dello straniero<sup>187</sup>.

L'aggravante della clandestinità, così strutturata, si inserisce appieno nella cerchia di fattispecie costruite attorno alla presunta pericolosità sociale dell'autore del reato, che segnano un nuovo modo di legiferare nel quale la logica preventiva permea non solo il momento sanzionatorio, ma anche la genesi dell'illecito penale<sup>188</sup>.

*l'art. 27, commi 1 e 3, Cost.*, poiché il rimprovero che si muove all'autore del reato non guarda alla sua "responsabilità personale", ma alla sua qualifica, perciò, anche ai fini della risocializzazione dello stesso, la sanzione comminata si risolve in uno strumento percepito come estraneo a qualunque funzione rieducativa<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> PULITANÒ, *Tensioni vecchie*, cit., 1080.

<sup>186</sup> FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 3.

<sup>187</sup> PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *QG*, 4/2007, 686.

<sup>188</sup> Sviluppi ulteriori in PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 57 ss., il quale individua tre settori pilota nei quali è possibile rinvenire il modello del "reato di pericolosità sociale": la contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. (possessione ingiustificata di chiavi alterate o grimaldelli); la legislazione penale contro la pedopornografia; la disciplina penale in tema di immigrazione.

<sup>189</sup> MASERA, *Profili*, cit., 1183, ritiene che tanto il riferimento al principio di proporzionalità,

Il riferimento alla prevenzione speciale in chiave positiva assume anche un altro significato nella valutazione dello *status* di clandestino. Prima del suo riconoscimento espresso all'art. 61, comma 1, n. 11-*bis*, c.p., esso sarebbe comunque entrato in gioco in sede di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p., ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere. Le condizioni personali dell'immigrato hanno, dunque, subito una sorta di spostamento di *sedes materiae*: vengono chiamate in causa in seconda battuta e possono incidere peraltro solo in chiave di innalzamento della pena<sup>190</sup>.

A ciò si aggiunga un ulteriore tassello: gli effetti *contra reum* che derivano dall'aggiunta di un terzo comma all'art. 62-*bis* c.p., secondo quanto disposto dall'art. 1, lett. f-*bis*, legge n. 125/08, con il quale s'intende limitare la concessione automatica delle attenuanti generiche quando il condannato non presenti precedenti a suo carico<sup>191</sup>.

Accanto al pensiero condiviso circa la contrarietà a Costituzione dell'aggravante della clandestinità, si registra una voce contraria, che, non ravvisando profili d'incostituzionalità nella fattispecie circostanziale in esame, cerca di mitigarne gli effetti dirompenti, richiamando le acquisizioni giurisprudenziali sul "giustificato motivo" all'inottemperanza dell'ordine del questore di lascia-

quanto il richiamo dei principi di colpevolezza e di prevenzione speciale nulla aggiungano all'aggravante della clandestinità in termini di disvalore costituzionale, già pienamente riassunto dai canoni dell'uguaglianza e dell'offensività. Sul punto v., altresì, ANTONINI, op. cit., 1369 ss.

<sup>190</sup> Sviluppi ulteriori in PULITANÒ, cit., 1080 s.

<sup>191</sup> Per comodità espositiva si riporta il testo dell'art. 62-*bis*, comma 3, c.p.:

"In ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma". Per un primo commento v. BRICCHETTI, PISTORELLI, *Niente sconti automatici all'incensurato*, in *GD*, 32, 99 s., i quali avrebbero preferito una soluzione differente, quale, per esempio, l'esclusione delle attenuanti generiche, concesse a motivo dell'assenza di precedenti, dalla disciplina di cui all'art. 69 c.p. Il risultato immediato non è altro che "l'espunzione dell'incensuratezza dai criteri che sovrintendono alla valutazione del giudice sull'applicazione del meccanismo di adeguamento in concreto della pena", confidando più nella durata della pena che nell'effettività della stessa (sempreché ciò non induca gli imputati a prediligere il rito ordinario ai riti alternativi, speranzosi di godere degli effetti benefici della prescrizione); ANTONINI, *Le altre*, cit., 1367 ss.; NATALINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in AA.VV., *Il decreto*, cit., 109 ss.; e CORVI, *Circostanze del reato*, in AA.VV., *Misure urgenti*, cit., 119 ss. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. pen., sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31440, in *www.penale.it*.

Sono alquanto scettici sull'effettivo contenimento della discrezionalità giudiziale *pro reo* che il legislatore intende perseguire con la limitazione suddetta alla concessione delle attenuanti generiche FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 5, i quali affermano come non basti un mero ritocco testuale a mutare un orientamento consolidatosi nella "cultura giudiziale".

re il territorio dello Stato, *ex art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 286/98*. L'aggravante, secondo tale rilettura, non si applicherebbe laddove il colpevole dimostrasse di essersi trovato in una situazione di effettiva impossibilità a recarsi alla frontiera<sup>192</sup>.

Le "stonature" costituzionali, tuttavia, appaiono insuperabili.

Avendo, nel frattempo, alcuni giudici sollevato la questione dinanzi alla Corte Costituzionale, è importante pensare agli effetti ultimi di tali iniziative, che potranno essere ora l'accoglimento, ora il rigetto del *petitum*, quando non si opti per la soluzione "di confine" con una pronuncia *interpretativa* di rigetto<sup>193</sup>.

Da ultimo, rivolgendo l'attenzione brevemente fuori dal contesto nazionale, si può ricordare l'opinione sfavorevole del Commissario alla Giustizia dell'Unione Europea, il quale ha ritenuto la previsione di un'aggravante ancorata allo *status* di "irregolare" lesiva dei diritti fondamentali della persona, in quanto introdurrebbe una discriminazione tra cittadini comunitari rispetto ai quali non ha rilevanza lo Stato di provenienza. Le disposizioni normative invocate sono, tra le altre, gli artt. 2 e 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'art. 4 della Carta Europea dei Diritti Universali e l'art. 26 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici<sup>194</sup>.

Come l'espulsione dello straniero, dunque, anche l'aggravante della clandestinità si trova esposta ad obiezioni a livello costituzionale, comunitario ed internazionale che non sembrano lasciarle scampo.

## 5. Conclusioni

L'accostamento dei delitti di discriminazione o odio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi alle nuove misure dirette a contrastare la criminalità di provenienza straniera, secondo la chiave di lettura proposta e riassunta nella formula atecnica di "crimini contro l'ospitalità", consente di saggiare l'attività legislativa degli ultimi anni. Il giudizio finale è sicuramente negativo non

<sup>192</sup> Così AMATO, *Più grave*, cit., 89; e APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in AA.VV., *Il decreto*, cit., 17.

<sup>193</sup> Auspica tale via "intermedia" MASERA, op. cit., 1184, nel senso che «l'aumento di pena possa essere applicato solo quando il giudice abbia accertato un nesso funzionale tra la condizione di clandestinità e la commissione del reato, oppure quando tale condizione risulti in concreto espressiva di una particolare capacità a delinquere del colpevole...».

<sup>194</sup> ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, *Il sole 24 ore*, 22 maggio 2008, 7.

solo sul piano della politica dell'integrazione, di cui di questi tempi c'è gran bisogno, ma anche sul piano strettamente giuridico-penale<sup>195</sup>.

Come rilevato in precedenza, sul versante dei delitti d'opinione a sfondo razziale si assiste, da un lato, ad un vera e propria "svalutazione del bene tutelato"<sup>196</sup>, tenuto conto della consistente mitigazione della pena prevista per le ipotesi di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), legge n. 654/75, con una perdurante lesione del principio di proporzione e di ragionevolezza, stante la parificazione sul piano sanzionatorio di condotte oggettivamente differenti quanto a disvalore; dall'altro, in seno ai giudici di legittimità, si registra una certa resistenza a riconoscere valenza discriminatoria a determinati comportamenti<sup>197</sup>. Come è stato esattamente osservato, «nell'attuale società multietnica, percorsa da pericolosi afflitti discriminatori, ...una irrisoria pena pecuniaria rappresenta...un inammissibile svilimento della stessa politica di lotta alla discriminazione razziale»<sup>198</sup>.

Per quanto concerne, invece, il "pacchetto sicurezza", la nota comune all'espulsione dello straniero in senso lato e all'aggravante della clandestinità, è certamente la presunzione o quasi-presunzione di maggiore pericolosità. Si tratta di un giudizio che prescinde dalla "gravità oggettiva e soggettiva del fat-

<sup>195</sup> Per una recente, lucida, analisi delle soluzioni adottate dall'Italia nella politica di contrasto all'immigrazione v. PELISSERO, *Logiche di esclusione*, cit., 684 ss.

<sup>196</sup> L'espressione, utilizzata da PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1204, riassume il suo giudizio in merito alla riforma del trattamento sanzionatorio nei "delitti contro le confessioni religiose", e può senza dubbio riferirsi anche alle fattispecie di "discriminazione razziale" in senso lato.

Sui "nuovi" delitti contro il sentimento religioso v., nell'ambito della dottrina penalistica, SIRACUSANO, sub *Artt. 403-405*, in AA.VV., *Codice penale ipertestuale*, a cura di RONCO e ARDIZZONE, 2ª ed., Torino, 2007, 1763 ss.; PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1197 ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, RIDPP, 2007, 493 ss.; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in RIDPP, 2006, 55 ss.; BASILE, sub *Artt. 403-405*, in AA.VV., *Codice penale*, cit., 2954 ss.; ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 134 s. e 328 ss. Nella manualistica, per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 4ª ed., Bologna, 2007, 437 ss.

<sup>197</sup> In senso contrario v. Cass. pen., Sez. III, dep. 11 ottobre 2007, n. 37390, in *D&G online* del 16.10.2007, che ha confermato la condanna, ex art. 2 legge n. 205/93, a 15 giorni di reclusione ad un tifoso per avere sventolato, in occasione di una partita calcistica, il tricolore con un disegno raffigurante il fascio littorio; Cass. pen., Sez. III, 21 dicembre 2005, cit., secondo cui "è atto di discriminazione razziale non servire il caffè a clienti extracomunitari che si fermano al bancone di un bar per prendere una consumazione"; Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, cit., e Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, cit., per le quali, rispettivamente, dare dello "sporco negro" a qualcuno o strappare lo *chador* integra l'aggravante della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso".

<sup>198</sup> Testualmente, PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1206.

to"<sup>199</sup> e si fonda sul mero indizio della presenza irregolare dell'immigrato nel territorio dello Stato. Il governo della tolleranza zero rompe, tra gli altri e per tutti, con il principio di uguaglianza, realizzando così un'altra, diversa, discriminazione dello straniero.

Al *trend* legislativo, che rischia di creare uno statuto speciale dell'immigrato, negli ultimi anni è corrisposta un'attività di contenimento della Corte Costituzionale<sup>200</sup>, chiamata in causa, come attestano anche le ordinanze di remissione cui si è qui accennato<sup>201</sup>, per ripristinare l'uguaglianza violata. Purtroppo, la politica securitaria e della prevenzione sembra non tenere conto delle garanzie fondamentali, che spettano ad ogni essere umano, interessata com'è a "produrre *manifesti* che parlino alla *pancia* dei cittadini e a strumentalizzarne le legittime paure"<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> PULITANÒ, *Tensioni vecchie*, cit., 1080.

<sup>200</sup> Riassume i termini di questo rapporto, ancora, PELISSERO, *Logiche di esclusione*, cit., 696 ss.

<sup>201</sup> Cfr. *supra* par. 4.2.

<sup>202</sup> Così ONIDA, in *Il sole24ore*, 5 dicembre 2007, come ripreso da VIGNA, *Sicurezza urbana: una strategia "integrata" per un obiettivo complesso*, in *DPP*, 2008, 139.

