

GenIUS

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

ALESSANDRO CIRELLI

“Quest'unione civile non s'ha da fare”:
il processo a Forza Nuova e l'equiparazione
dell'omofobia al razzismo

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

online first
destinato a GenIUS 2021-1

“Quest'unione civile non s'ha da fare”: il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo

Sommario

1. Introduzione – 2. “Quest'unione civile non s'ha da fare”: il funerale di Forza Nuova alle coppie gay – 3. Il Razzismo – 4. Il razzismo contemporaneo: fra tabù della razza e razzismi “senza razza” – 5. Alla ricerca di una definizione giuridica di Razzismo – 6. L'omofobia – 7. C'è differenza fra razzismo e omofobia? – 8. Un'analogia *in malam partem*? È da escludersi – 9. Da Forlì a Brasilia: spunti di riflessione (molto di più) che arrivano dall'altra parte del mondo – 10. Conclusioni.

Abstract

Il presente elaborato vuole indagare il fenomeno dell'odio razziale in ambito giuridico e non solo, cercando di comprendere se sussistano o meno differenze concrete fra i fenomeni del razzismo e dell'omofobia, i quali traggono origine dal medesimo odio. Si trae spunto da un caso concreto avvenuto nella città di Cesena dove, a pochi mesi dall'approvazione della c.d. legge Cirinnà, mentre le prime due coppie gay si accingevano a celebrare la propria Unione Civile, nella piazza antistante il Municipio alcuni appartenenti a Forza Nuova organizzavano un finto funerale. I partecipanti al corteo funebre saranno tutti rinviati a giudizio per Istigazione all'odio Razziale, avanti al Tribunale di Forlì.

This paper aims to investigate the phenomenon of racial hatred in the legal field and beyond, trying to understand whether or not there are concrete differences between the phenomena of racism and homophobia, which originate from the same hatred. It is inspired by a concrete case that took place in Cesena where, a few months after the approval of the Cirinnà law, while the first two gay couples were preparing to celebrate their Civil Union, in the square in front of the Town Hall some members of Forza Nuova organized a fake funeral. The participants in the funeral procession will all be sent to trial for Incitement to Racial Hate, before the Court of Forlì.

1. Premessa

* Avvocato del Foro di Rimini. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Appare incredibile che nel 2021 ci si debba occupare di un tema antico quale è l’odio razziale.

La biologia ci ha infatti da tempo spiegato che esiste una sola razza umana e che dunque il razzismo, come teoria che postula la presenza di differenti razze umane, alcune superiori ad altre, non ha ragione di esistere sul piano scientifico. Tuttavia è sufficiente gettare lo sguardo su ciò che sta accadendo ovunque nel mondo da alcuni anni - si pensi alle stragi e agli omicidi a sfondo razziale, omofobo o xenofobo, oppure alla nascita o al rafforzamento di gruppi neofascisti e neonazisti -, per comprendere come non si tratti certamente di un tema anacronistico e da lasciare agli storici.

Ma c’è di più. Non solo il razzismo non è un tema superato, ma ogni effetto dello stesso ed ogni sua degenerazione già vista nel corso della storia dell’uomo, finanche la più estrema (il genocidio¹), non sono morti con Adolf Hitler nel 1945, ma continuano a vagare su questo pianeta replicandosi, diffondendosi e prendendo forma, esattamente come un virus.

Tornano alla mente le parole di Primo Levi, forse il testimone più noto dell’olocausto: *“se comprendere è impossibile, conoscere è necessario, perché ciò che è accaduto può ritornare, le coscienze possono nuovamente essere sedotte ed oscurate: anche le nostre!”*².

Un eccezionale caso di cronaca avvenuto nella città di Cesena sarà utilizzato come *“case study”*, per approfondire i temi del razzismo e dell’omofobia, cercando di rispondere alla domanda chiave dei processi penali successivamente aperti: l’omofobia è una forma di razzismo e dunque già punita dalla legge italiana?

2. “Quest’unione civile non s’ha da fare”: il funerale di Forza Nuova alle coppie gay

Il 25 settembre 2016, a pochi mesi dall’entrata in vigore della c.d. Legge Cirinnà (L. 76/2016 *“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”*), due giovani uomini celebravano la loro unione civile: la prima nella città di Cesena. Il giorno della celebrazione civile, la città di Cesena si svegliava imbrattata da manifesti funebri posti dai militanti locali di Forza Nuova. In particolare, i manifesti riportavano il seguente proclama: *“omissis e omissis³, unitamente ai parenti alla cittadinanza tutta, annunciano la fine della civiltà, delle nostre tradizioni, della famiglia naturale, unico cardine della nostra società, e dei diritti dei bambini a crescere con una mamma ed un papà avvenuta domenica 25 settembre”*, oltre alle frasi *“Matrimonio gay, funerale d’Italia”* (a caratteri cubitali) e *“l’Italia ha bisogno di figli, non di omosessuali!”*.

A distanza di pochi mesi, in occasione della seconda unione civile, sempre nel centro città, nei pressi del Comune di Cesena, una dozzina di militanti di Forza Nuova, rincarando la dose, inscenavano un finto funerale con abiti militari neri, occhiali scuri e teste rasate, richiamando la simbologia nazi-fascista e xenofoba, più che quella tipicamente del “lutto”. Nell’occasione, alcuni di essi sostenevano una bara coperta da una bandiera italiana su cui era presente un manifesto funebre con la dicitura, del tutto simile alla precedente, *“Omissis e Omissis, unitamente ai parenti e alla cittadinanza tutta, annunciano la fine della civiltà, delle nostre tradizioni, della famiglia naturale, unico cardine della nostra società, e dei diritti dei bambini a crescere con una mamma ed un papà avvenuta domenica 5 febbraio”*, oltre a riportare le frasi *“Matrimonio gay, funerale d’Italia”* e *“l’Italia ha bisogno di figli,*

1 Si pensi al genocidio degli Uiguri in Cina, <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53220713>.

2 P. Levi, *Se questo è un uomo*, 1947, Appendice.

3 Per rispetto della *privacy*, si decide di omettere i nomi degli interessati dalla vicenda.

non di omosessuali”, un’enorme croce latina e i loghi celtici di Forza Nuova⁴.

I due episodi immediatamente suscitavano reazioni di forte sdegno nella cittadinanza, nella politica e nelle associazioni, generando anche, vista *l’escalation* criminale, forte preoccupazione nella comunità LGBT⁵ che prontamente reagiva denunciando l’accaduto alla Procura competente per territorio. La Procura di Forlì successivamente apriva due distinti procedimenti penali e, in entrambi i casi, decideva di chiedere il rinvio a giudizio di tutti gli imputati per il reato di cui all’art. 3, comma 1, lettera a), Legge 13 ottobre 1975, n. 654, oggi art. 604 *bis* c.p.

La contestazione è quella di propaganda di messaggi denigratori e discriminatori contro persone omosessuali e dunque la propaganda di odio razziale/omofobico⁶.

Le prove raccolte durante i dibattimenti permettevano di ricostruire fedelmente i fatti di reato e, al termine dell’istruttoria, la Pubblica Accusa decideva di contestare altresì il reato di diffamazione aggravata in concorso formale *ex artt.* 81, 61 n. 1, 595, commi 1 e 3 c.p.

Il Tribunale di Forlì, in entrambi i casi, condannava tutti gli imputati solo per il reato di diffamazione aggravata (con l’esclusione dei motivi futili), ritenendo che la condanna per il reato di cui all’art. 604 *bis* c.p. avrebbe costituito analogia *in malam partem* poiché “*il nostro ordinamento non contempla ancora una tutela penalistica contro le forme di discriminazione che si fondino sull’identità sessuale degli individui*”⁷.

Tutte le parti – esclusa la Pubblica Accusa - hanno già annunciato che proporranno appello contro entrambe le sentenze.

Il caso risulta particolarmente interessante dal punto di vista giuridico per l’innovatività della impostazione accusatoria, basata su una nuova interpretazione del reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità razziale, ed in particolare dei termini “razza” e “razzismo”. Secondo la Procura di Forlì infatti, l’omofobia sarebbe una particolare forma di razzismo, e dunque la propaganda di idee omofobe risulterebbe già punita dal codice penale.

Nelle prossime pagine si approfondiranno i fondamenti e le conseguenze di tale interpretazione, approfondendo, per quanto possibile, i vasti temi del razzismo e dell’omofobia.

3. Il Razzismo

Su un autorevole vocabolario si legge, alla definizione di Razzismo: “*s.m. [der. di razza, sull’esempio del fr. racisme]. - Ideologia, teoria e prassi politica e sociale fondata sull’arbitrario presupposto dell’esistenza di razze umane biologicamente e storicamente <superiori>, destinata al comando, e di altre <inferiori>, destinate alla sottomissione, e intesa, con discriminazioni e persecuzioni contro que-*

4 Alcune foto del finto funerale possono essere visionate su <https://bologna.repubblica.it/cronaca/2017/02/05/foto/cesena-il-funerale-d-italia-contro-le-nozze-gay-157649790/1/>.

5 Rappresentata dall’associazione Arcigay Rimini Forlì Cesena “Alan Turing”, il cui presidente è il Dott. Marco Tonti, difesa dall’Avv. Christian Guidi, del Foro di Rimini.

6 Sui crimini d’odio, si veda in particolare la monografia di L. Goisis, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene editore, 2019.

7 Tribunale di Forlì, 16 dicembre 2020, n. 1194, p. 7; si rileva che a un imputato era stata concessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, la quale aveva avuto esito positivo, e dunque lo stesso era stato giudicato separatamente e poi assolto. Per quella che potrebbe apparire come una dantesca legge del contrappasso, il Tribunale di Forlì aveva assegnato l’imputato a compiere lavori di ritinteggiatura presso il locale cimitero e presso la sede di Arcigay Rimini. A tal proposito, si veda <https://corriereidibologna.corriere.it/bologna/cronaca/20-febbraio-18/rimini-condannato-tinteggiare-sede-dell-arcigay-ci-sono-cronisti-l-ex-militante-destra-si-barrica-una-stanza-c62ef79a-5253-11ea-bd25-071632206369.shtml>.

ste, e persino con il genocidio, a conservare la purezza e ad assicurare il predominio assoluto della pretesa razza superiore (...). Più genericamente, complesso di manifestazioni o atteggiamenti di intolleranza originati da profondi e radicati pregiudizi sociali ed espressi attraverso forme di disprezzo, di emarginazione nei confronti di individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse spesso ritenute inferiori..."⁸.

Il termine "razzismo" va etimologicamente ricondotto alla composizione di "razza", dall'etimo "generatio" oppure "ratio" con il significato di natura, qualità, unitamente al suffisso latino *-ismus* di origine greca *-ιμός (-ismòs)*, con il significato di "classificazione" o "categorizzazione". A seguito degli studi condotti dal linguista Gianfranco Contini negli anni '60, l'etimologia del termine "razza" è stata unanimemente ricondotta al francese antico "haraz" o "haras", usato per indicare "allevamento di cavalli"⁹.

Storicamente, nel caso dell'uomo, i caratteri differenziali delle presunte "razze" sulla base delle quali si è manifestato e si manifesta il razzismo, sono stati riferiti a diversità somatiche e fenotipiche (colore della pelle, tipo di capelli, forma del viso, del naso, degli occhi ecc.) ma anche comportamentali, o legati a nazionalità, lingua, costumi e religioni. L'antropologia fisica e l'evoluzionismo hanno dimostrato che non esistono gruppi razziali fissi o discontinui; al contrario, i gruppi umani mutano e interagiscono continuamente, tanto che la moderna genetica di popolazioni si focalizza su modelli di distribuzione di geni specifici, anziché su "categorie razziali" create artificialmente e artificiosamente¹⁰. Oramai tutti gli studiosi concordano unanimemente che esiste un'unica razza umana sotto il profilo scientifico-antropologico e, pertanto, parlare di differenti razze umane è argomento destituito di qualunque fondamento.

La parola "razza" mette le sue radici in una classificazione legata inizialmente ad un criterio di apparenza, per poi in seguito distaccarsene. La maggiore discriminazione razziale nella storia europea, ad esempio, ha colpito la popolazione giudaica sulla base di presunte caratteristiche non visibili, per ascendenza familiare alla religione ebraica: le comunità giudaiche sono state considerate una razza, anche se di fatto non avevano caratteristiche somatiche o fenotipiche identificabili. Già nel primo ventennio dello scorso secolo, l'ideologia della razza (*rectius*, razzismo) propugnava teorie differenziali connesse a caratteristiche non più biologiche, comportamentali e geneticamente visibili (il fenotipo, per usare un termine biologico), bensì caratteristiche "invisibili": la "caccia" agli ebrei è avvenuta sulla base della delazione e della ricostruzione della genealogia di milioni di persone; anche il "rastrellamento" degli omosessuali è avvenuto in base alle presunte abitudini sessuali di individui in età di matrimonio e ancora celibi o nubili. In definitiva, l'applicazione concreta delle teorie "scientifiche" ottocentesche durante la seconda guerra mondiale (e in seguito dopo la liberazione), attraverso la quale mantenere un ordine pubblico antidemocratico, ha fatto convergere le diffuse intolleranze socio-culturali - originate da profondi e radicati pregiudizi sociali, spesso espressi attraverso forme di disprezzo, di emarginazione nei confronti di individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse, ritenute inferiori - per legittimare una "pulizia" del tutto irrazionale delle diversità a cui venivano ricollegate riprovazione morale, criminalità e povertà.

L'idea principe del c.d. razzismo biologico si sostanzia nel suddividere la specie umana in razze biologicamente distinte, caratterizzate da diverse capacità intellettive, valoriali, etiche e/o morali, con la convinzione che sia possibile determinare una gerarchia secondo cui "un particolare, ipotetico, raggruppamento razzialmente definito" possa essere definito superiore o inferiore a un altro¹¹. In senso

8 *Il vocabolario Treccani, sub "Razzismo", Vol. IV, Roma, 1986, pp. 469 ss.*

9 A tal proposito, si veda www.laricerca.loesch.it/lingua-italiana/569-razza-parolaequina.html.

10 *Enciclopedia Treccani Online, voce "Razza", www.treccani.it.*

11 L.L.F. Cavalli Sforza, *Razza o pregiudizio? Evoluzione dell'uomo tra natura e storia*, Milano, 1996.

stretto il razzismo, come teoria della divisione biologica dell’umanità in razze “*superiori*” ed “*inferiori*”, è un fenomeno relativamente recente. In senso più ampio, invece, si tratta di una generale arcaica tendenza a discriminare i “diversi” (nazioni, lingue, culture, classi sociali, comportamenti e tradizioni etc.), e la principale funzione del razzismo, in tutte le varianti, fu sempre di giustificare una qualche forma di discriminazione ed oppressione contro una minoranza¹².

Risalgono al diciannovesimo secolo, sull’onda classificatoria tassonomica di Linneo, i primi studi ascrivibili alla dottrina detta del “razzismo scientifico” che tentava di dimostrare con metodo scientifico la tesi per cui la popolazione mondiale potesse essere divisa in “razze” e che ogni razza avesse caratteristiche intrinseche di superiorità o inferiorità; simile dottrina ha attirato le attenzioni intellettuali di rilievo come Gobineau e Schopenhauer¹³. Il razzismo scientifico è stato alla base dell’antisemitismo, termine coniato nel 1870 dal tedesco Wilhelm Marr, e dell’Olocausto durante la seconda guerra mondiale.

La critica scientifica al razzismo “scientifico” ha una storia che precede addirittura il *pogrom* nazista, grazie a studiosi come Hogben e Julian Huxley. Dopo la sconfitta hitleriana, la comunità scientifica si interrogò molto più approfonditamente sulla fondatezza del concetto di “razza”, il quale venne rapidamente superato. Con la scoperta negli anni ‘50 del codice genetico da parte di Watson e Crick, si ebbero non più solo solidi argomenti antropologici, sociologici, filosofici e culturali per demolire il concetto di “razza”, ma anche strumenti provenienti dalle scienze biologiche.

Negli anni ‘70 il genetista Luigi Luca Cavalli-Sforza, con le sue note ricerche genitico-etnografiche, pose fine ad ogni residuo tentativo di usare il concetto di “razza” con aura scientifica¹⁴.

Il concetto di “razza”, già da decenni, è dunque considerato universalmente come un “prodotto politico” del razzismo¹⁵: le razze esistono perché esiste il razzismo e perché esistono i razzisti: è una costruzione culturale che può marchiare a fuoco potenzialmente qualsiasi gruppo umano: “*Le razze non esistono nei nostri geni, ma solo nelle nostre teste e nelle nostre attitudini sociali*”¹⁶.

4. Il razzismo contemporaneo: fra tabù della razza e razzismi “senza razza”

Al termine della seconda guerra mondiale, la lotta al razzismo è stata avvertita come un importante e primario obiettivo nel panorama internazionale, in particolar modo dagli Stati Europei, al punto da

12 Razzismo: approfondimento, in *Enciclopedia Treccani online*, su www.treccani.it.

13 Cfr. A. Burgio, *L’invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Roma, Manifesto libri, 1998; R. Gallissot, M. Kilani, A. Rivera, *L’imbroglio etnico, in quattordici parole-chiave*, Bari, Dedalo, 2001; R. Gallissot, *Misère de l’antiracisme*, Paris, Editions de l’Arcantère, 1985; C. Guillaumin, *L’idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris-La Haye, Mouton, 1972; J. Hartwell Moore (a cura di), *Encyclopedia of Race and Racism*, Macmillan Reference; M.F.A. Montagu, *Man’s Most Dangerous Myth: The Fallacy of Race*, New York, Columbia University Press, 1942; A. Rattansi, *Racism, a very short introduction*, Oxford, Oxford Press, 2007; J. Rex, *Race, Colonialism and the City*, London, Routledge and Kegan, 1972; P. A. Taguieff, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1987.

14 L.L.F. Cavalli Sforza, *Razza o pregiudizio? Evoluzione dell’uomo tra natura e storia*, Milano, 1996.

15 Il noto sociologo W.E.B. Du Bois sosteneva ciò sin dall’800 ancor prima che l’UNESCO lo formalizzasse nei propri documenti ufficiali (Dichiarazione sulla Razza UNESCO 1950 e 1978, testo in italiano reperibile al sito https://web.archive.org/web/20080112170857/http://www.centrodiritiumani.unipd.it/scuola/media/file/12informazione/Diritti_info_cultura/Diritti_info_cultura-775.htm).

16 G. Barbujani, *Gli africani siamo noi*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

dotarsi di comuni convenzioni, atti normativi e politiche, formulate principalmente in sede ONU ed UE (*infra* §5). Nonostante ciò, il razzismo non è certamente scomparso. Secondo recenti studi, tale persistenza è in parte spiegabile con il c.d. tabù della razza. In Europa, dopo la tragedia dell’olocausto, è sorto un comune desiderio collettivo di “lasciarsi alle spalle” il concetto di razza. Tale desiderio, costantemente rinnovato nei rapporti interpersonali, oltre che nelle sedi istituzionali, finisce ancora oggi per normare i nostri modi di evocare la razza, che la letteratura chiama *racelessness*¹⁷: termine pressoché in traducibile, che intende esprimere un’ambivalenza, una presenza/assenza della razza.

La tabuizzazione del concetto di razza – e la conseguente *racelessness* – non contribuisce all’eliminazione del razzismo, anzi produce l’effetto esattamente opposto: se per combattere il razzismo è necessario conoscerlo e ri-conoscerlo, la *racelessness* concorre alla persistenza del razzismo poiché ne limita la vera conoscenza ed il vero riconoscimento¹⁸.

Il razzismo contemporaneo, influenzato dal menzionato tabù, non nomina mai la razza biologica (si parla di “razzismo senza razza”), fondandosi invece su differenze fra gruppi, alle quali fa conseguire giudizi circa presunte incompatibilità culturali¹⁹. Tali posizioni – spesso politiche – ritengono necessario “difendere e preservare” le differenze culturali dai processi di globalizzazione, massificazione ed omogeneizzazione tipici delle società occidentali, e pertanto sostengono che quest’ultime non debbano in nessun modo essere multiculturali o interculturali (“ognuno ha le proprie idee, ma ognuno a casa propria”). Per fare qualche esempio, tale forma di razzismo (talvolta anche istituzionalizzato²⁰) si sviluppa contro le comunità Rom, islamiche, nere, ebraiche ecc., oppure ancora contro i migranti. Tale razzismo mascherato si nota anche in certe posizioni politiche estremiste, trovando una certa rispondenza anche nelle classi colte, pur se attraverso l’utilizzo di stereotipi sociali e luoghi comuni²¹.

In conclusione di paragrafo, sia consentita una breve riflessione sulla *ratio* che ha ispirato la c.d. legislazione antirazzista, sul perché ne sentiamo ancora il bisogno, ed anzi necessitiamo tuttora di integrazioni alla stessa.

Il razzismo, come si accennava, è un’eredità xenofoba ancestrale, figlia di quel naturale umano

17 Ex multis, N. Michel, *Racial Profiling und die Tabuisierung von “Rasse”*, in *Racial Profiling. Struktureller Rassismus und anti-rassistischer Widerstand*, M. Wa Baile - S. O. Dankwa - P. Purtschert - S. Schilliger (a cura di), Blefeld, Transcript Verlag, 2019, pp. 87–106; *Ead.*, *Il razzismo senza razza*, in *Tangram*, n. 44 (reperibile al link <https://www.ekr.admin.ch/i574.html>); *Ead.*, *Sheepology: The Postcolonial Politics of Raceless Racism in Switzerland*, in *Postcolonial Studies*, Vol. 18, n. 4, 2015, pp. 410-426; D.T. Goldberg, *The Threat of Race: Reflections on Racial Neoliberalism*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009; F. El-Tayeb, *European Others: Queering Ethnicity in Postnational Europe*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2011; P. Purtschert, B. Lüthi, F. Falk, *Postkoloniale Schweiz. Formen und Folgen eines Kolonialismus ohne Kolonien*, Blefeld, Transcript Verlag, 2012; E. Balibar, I. Wallerstein, *Race, nation, classe: les identités ambiguës*, Paris, La Découverte, 1988; S. C. Boulila, *Race and Racial Denial in Switzerland*, in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 42, n. 9, pp. 1401–1418; M. Nicolazzi, *Il razzismo senza le razze*, in *Limes online*, n. 2, 2020.

18 N. Michel, *ivi*.

19 Cfr. P. A. Taguieff, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, Cortina Editore, 1999; A. Rivera, *Razzismo*, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, 6, 2017; A. Fantauzzi, *Razzismo biologico, razzismo differenzialista? Dalle teorie alle testimonianze etnografiche tra immigrati in Italia*, in *Razzismo, Xenofobia, Esclusione Sociale*, A. Angelini (a cura di), Latina, Aracne, 2014, pp. 149-172.

20 Magistralmente L. Goisis, *Giustizia Penale E Discriminazione Razziale. Il soggetto “altro” dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012.

21 Sul punto, cfr. E. Balibar, *Esiste un «neorazzismo»?», in *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Balibar E. - Wallerstein I. (a cura di), Roma, 1991, pp. 29 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull’immigrazione*, in *Dir. famiglia*, 1, 2002, pp. 112 ss.; G. Campioni – G. Faso, *L’intolleranza dei colti*, in *Razzisti e solidali*, Pugliese E. (a cura di), Roma, Ediesse, 1993, pp. 114 ss.*

sentimento umano che è la paura dell’ignoto, la paura dell’altro che non si conosce. Il razzismo è senza tempo, è de-storicizzato perché ha una motivazione universale e trans-storica, quale è la paura di venire sopraffatti ed annientati nella propria identità dallo straniero (dal latino *extraneus* e cioè *extra nos*, fuori da noi, diverso da noi). Ecco che allora le razziste logiche sociali di dominio e sopraffazione hanno una notevole probabilità di continuare a perpetuarsi nel tempo, magari in forme diverse ma mantenendo sempre lo stesso nucleo, *l’eadem ratio*.

L’antirazzismo, necessariamente in costante divenire, visto anche il mutamento subito nel tempo dal concetto di razzismo, è allora non una conquista già ottenuta bensì un traguardo da raggiungere, attraverso la comprensione della psiche umana, delle sue paure irrazionali, dei suoi interessi particolari, dei suoi processi mentali, oltre che tramite l’analisi degli effetti della discriminazione. Un lavoro (che ricorda quello psicanalitico) che deve necessariamente partire dall’ammettere che il male è connaturale all’essenza umana, e che ciò può manifestarsi ogniqualvolta si presenti l’occasione di dare forma concreta al naturale pensiero umano di stigmatizzazione delle condotte di tutti coloro che non sono riconducibili al proprio gruppo. In altre parole, se all’interno del proprio gruppo l’uomo è socievole per natura, come diceva Aristotele, al di fuori del gruppo di appartenenza predomina il principio hobbesiano “*Homo homini lupus*”: la legislazione antirazzista lascia così comprendere il fondamento del razzismo, in base all’idea che vi sia continuità fra le forme contemporanee di esclusione e discriminazione, e le attitudini ed i comportamenti primordiali e universali, di tipo xenofobo ed etnocentrista.

La legislazione antirazzista ristabilisce il diritto umano di ognuno a vedersi garantita la pari dignità: principio cardine ed essenza primigenia di ogni diritto fondamentale, senza la quale neppure sussisterebbero le democrazie. L’antirazzismo impone, invero, il rispetto del dovere di tolleranza in funzione della tutela della dignità dell’uomo; è teso a preservare le diversità culturali tra gli uomini, a rispettare le identità collettive, gli usi e i costumi. Si protegge la libertà di espressione del diritto alla differenza: il diritto ad essere come si è per natura. Se si cancellasse la variabilità culturale dell’umanità, si negherebbe tutto ciò che di specifico esiste nell’umana esistenza²².

5. Alla ricerca di una definizione giuridica di Razzismo

Si può ora procedere con l’affrontare un tema giuridico che qui assume un’importanza decisiva: poiché parlare di differenti razze nell’uomo non ha alcun valore scientifico, e si è abbandonato il concetto di razza biologica, qual è la portata giuridica attuale del termine “razzismo”, o di “discriminazione razziale”? Fin dove si estende l’odio razzista, e dunque la tutela giuridica da tale fenomeno? Ed in particolare: qual è la definizione di razzismo accolta oggi nel diritto penale?²³

La “*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*”, approvata dalle Nazioni Unite a New York nel 1966, è la prima fonte internazionale che si è occupata di combattere la discriminazione razziale e la definisce così: “*The term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction, or preference based on race, color, descent, or national or ethnic origin that has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic,*

²² Cfr. Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203 in *Giurisprudenza di Merito*, 9, doc. 395, 2006, pp. 1956 ss.

²³ C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS17*, 2009, pp. 191 ss.; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli, 2013; G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Archivio Penale*, 3, 2014; A. Luini, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale religiosa ed etnica*, in *Rivista Penale*, 10, 1993, pp. 987 ss., con richiami di dottrina.

social, cultural or any other field of public life"²⁴. La Convenzione offre un metodo di contrasto al fenomeno razzista molto elaborato e prevede, accanto al principio di non discriminazione, il divieto di propaganda razzista nelle diverse forme dell'incitamento e della diffusione. Agli artt. 2, lett. d) e 4 lett. a) e b) vengono dichiarate punibili le discriminazioni praticate da singoli individui o gruppi, la diffusione di idee razziste basate sulla superiorità o l'odio razziale, l'incitamento alla discriminazione e le organizzazioni o le attività di propaganda organizzate a questi fini. In questo modo, la Convenzione non solo impone agli Stati aderenti il divieto di discriminazione, ma chiede a questi di adottare anche le misure indispensabili a tal fine (art. 2) e di dichiarare punibili siffatti comportamenti (art. 4). È prevista, altresì, l'istituzione di un sistema di garanzia per controllare l'attuazione e l'applicazione delle norme, attraverso un Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 8)²⁵.

Questo fondamentale accordo internazionale è stato recepito in Italia con la legge di ratifica ed esecuzione 654/1975 (c.d. Legge Reale), poi modificata (con inasprimenti delle sanzioni penali ed ampliamenti) con il decreto-legge 122/1993 (c.d. Legge Mancino).

Volgendo lo sguardo alla normativa Europea, si nota che la Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della "*parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*", non fornisce una definizione giuridica dei termini "razza", "origine etnica", o di "razzismo" e al considerando 6 afferma: "*L'unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie*". Simile precisazione è stata inserita per superare le resistenze sollevate da alcuni paesi (la Francia in particolare), contrari all'impiego del termine "razza" per non avallare, anche solo formalmente, la teoria politico-ideologica della suddivisione dell'umanità in razze diverse²⁶; tuttavia la maggioranza dei Paesi comunitari ha ritenuto necessario il mantenimento del termine razza al fine di identificare le azioni contro il razzismo.

La Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008 rubricata "*lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*", prescrive agli Stati la criminalizzazione delle condotte razziste e xenofobe, alla stregua della Convenzione di New York '66, aggiungendovi l'(assai discusso) obbligo di punire il negazionismo ed il riduzionismo.

L'ECRI (*European Commission Against Racism and Intolerance*) afferma che si utilizza il termine razza, "*per garantire che le persone generalmente e erroneamente percepite come appartenenti a un'altra razza non siano escluse dalla protezione prevista dalla legge*"²⁷. In altre parole, l'UE ripudia il concetto stesso di razza, riconoscendo gli sviluppi scientifici del secolo scorso, ma ritiene e ne afferma la necessità di utilizzo anche nei trattati e negli atti legislativi, perché presidio contro ogni forma di razzismo: ai fini del Diritto dell'Unione Europea quindi il termine razza acquista significato se e solo se collegato al razzismo.

24 Trad. "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica". Art. 1, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

25 *Ibidem*.

26 Un chiaro esempio di *racelessness*.

27 *European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)*, "Raccomandazione di Politica Generale n. 7 dell'ECRI: Legislazione Nazionale contro il razzismo e la discriminazione razziale", adottata il 13 dicembre 2002, laddove si precisa che, ai fini della raccomandazione, razzismo "*significa il convincimento che un motivo quale la razza, il colore, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica giustifichi il disprezzo nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o l'idea della superiorità di una persona o di un gruppo di persone*".

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea si osserva che essa si è occupata di razza e razzismo solo con riferimento alla discriminazione sui posti di lavoro (Direttiva 2000/78/CE) e alle discriminazioni dirette e indirette ai fini dell’applicazione del principio della parità di trattamento (Direttiva 2000/43/CE), tuttavia senza fornire una definizione specifica, chiara e univoca del termine razza²⁸.

Venendo al diritto interno, è necessario partire da un semplice dato di fatto: non essendovi una definizione normativa di razzismo, è (arduo) compito degli interpreti individuarla²⁹. Del resto, come hanno affermato le Sezioni Unite in una nota sentenza, “la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell’ambito applicativo del precetto penale”³⁰.

Nella Giurisprudenza della Suprema Corte, il “razzismo” viene qualificato come *species* del *genus* “discriminazione”, e presuppone l’esistenza di “razze superiori” ed “inferiori”, le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione³¹. La nozione di razzismo abbraccia tutte quelle “dottrine che postulano l’esistenza di razze superiori, destinate alla supremazia su quelle considerate inferiori”, e la *ratio* delle norme antidiscriminatorie è anzitutto quella d’impedire che tali teorie si diffondano³². Per tale ragione, la giurisprudenza esclude la rilevanza penale delle condotte allorquando si rivelino indirizzate a gruppi considerati “non inferiori” nel sentire comune: la Cassazione ha infatti escluso, ad esempio, che l’espressione “italiano di merda” possa configurare discriminazione razziale, proprio perché “il riferimento all’italiano, nel sentire comune, non può essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata”³³. In altre parole, il reato sussiste solo quando l’odio si rivolge a soggetti che presentino profili di debolezza, o di marginalizzazione o di “inferiorità”, socialmente riconosciuti³⁴. Da ultimo, affrontando il tema della discriminazione razziale, si è precisato che per la configurabilità di quest’ultima, pur condividendo con i moderni studi sociologici l’assunto secondo cui il razzismo oggi è (anche e soprattutto) implicito/differenzialista, è comunque sempre necessario che l’individuo sia discriminato non per un suo comportamento ma per una sua qualità: “la discriminazione per l’altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l’altrui criminalità”³⁵.

28 Si veda G. Zaccaroni, *Il principio di non discriminazione e l’identità costituzionale dell’Unione Europea*, in http://amsdottorato.unibo.it/7144/1/Tesi_G_ZACCARONI.pdf.

29 Corte di cassazione, terza sezione penale, 23 giugno 2015, n. 36906 in *Diritto & Giustizia*, 2015 (nota di Ievolella); Cfr. C. Visconti, *ivi*, pp. 191 ss.

30 Corte di cassazione, sezioni unite, 19 aprile 2012, n. 34952, in *Cassazione Penale*, 1, 2013, pp. 52 ss.

31 Corte di cassazione, prima sezione penale, 30 settembre 1993, n. 3791, rv. 196583; Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234, rv. 239461 ove si legge che “il razzismo si attua o con la persecuzione o con la discriminazione”.

32 Corte di cassazione, prima sezione penale, 28 febbraio 2001, n. 23024, in *Studium Juris*, 2001, pp. 1383 ss.

33 Corte di cassazione, quinta sezione penale, 25 marzo 2010, n. 11590 in *Diritto e Giustizia online*, 2010 (nota di Gioffreda).

34 A. Spina, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pp. 577 ss.

35 Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234 rv. 239461; Corte di cassazione, terza sezione penale, 23 giugno 2015, n. 36906 in *Diritto & Giustizia*, 2015, 14 settembre (nota di Ievolella); Corte di cassazione, terza sezione penale, 8 novembre 2006, n. 1872, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2007, p. 1197, secondo cui “A prescindere dalla memoria delle più recenti e cruente esperienze storiche (...), la locuzione razzismo, nella sua significazione più generalizzata, rinvia, infatti, a tutto quel complesso di manifestazioni o atteggiamenti d’intolleranza originati da profondi e radicati pregiudizi sociali ed espressi attraverso forme di disprezzo e di emarginazione nei confronti d’individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse, assai spesso ritenute inferiori”. La dottrina correttamente ha rilevato che “v’è un punto nel quale il profilo della “diversità” in sé e quello dei “comportamenti” costituiscono un tutt’uno, e non è possibile, né verosimilmente avrebbe senso separarli. La cultura di una etnia, non è forse del tutto superfluo ricordarlo, è fatta soprattutto di comportamenti, di pratiche sociali che incorporano valori ad alto tasso identitario”, C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS17*, 1, 2009, p. 197. Concorde sul punto F. Bacco, *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, pp. 205 ss.

Il complesso compito di precisare e attualizzare il concetto di razzismo è stato svolto con ammirevole ricchezza di riferimenti storici, filosofici e bibliografici dalla giurisprudenza di merito, coadiuvata dai più recenti studi sociologici³⁶. Con una storica sentenza infatti, il Tribunale di Verona ha accolto sia la nozione di c.d. razzismo biologico, modulata su concezioni oramai superate (anche dagli stessi razzisti), sia sotto quella del c.d. razzismo differenzialista³⁷: si sostiene che il “razzista” esorcizzi la paura del diverso non discutendo la diversità *ex se*, ma l’anomalia a quest’ultima presuntivamente connessa: “non si stigmatizza lo zingaro per essere zingaro [N.d.A. la differenza è prima facie salvaguardata] ma perché egli vive come uno zingaro, dunque come si ritiene che vivano tutti gli zingari, prediligendo il nomadismo, l’accontanaggio, la nullafacenza e la ruberia”³⁸. Mentre il razzismo biologico, nega l’umanità ad un altro gruppo di individui attribuendogli un’altra razza, il moderno razzismo differenzialista, tenendo conto delle differenze di identità fra culture diverse, afferma l’incompatibilità e l’incomunicabilità fra queste (“gli stranieri rimangano al paese loro! Vivano tra loro e restino stranieri!”)³⁹. A seguito di tale sentenza, sia nella dottrina che nella giurisprudenza nostrane si è iniziato ad accogliere la definizione differenzialista di razzismo, anche detto neorazzismo o razzismo implicito⁴⁰. Ad esempio, il Tribunale di La Spezia ha recentemente preso atto dell’evoluzione (anche terminologica) del razzismo, ed ha affermato che quest’ultimo “oltre ad avere un significato tecnico di ideologia che, fondata su un’arbitraria distinzione dell’uomo in razze, giustifica la supremazia di un’etnia sulle altre e intende realizzarla attraverso politiche discriminatorie e persecutorie, viene anche usato estensivamente per qualificare ogni atteggiamento o manifestazione di intolleranza (vedi Dizionario della Lingua Italiana Sabatini Coletti)”⁴¹.

La dottrina penalistica si è più volte confrontata con la tematica razziale, anche e soprattutto a seguito delle modifiche intervenute negli anni 1993⁴², 2006⁴³ e 2016⁴⁴. In merito alla nozione di razzismo

36 M. Wiewiorka, *Lo spazio del razzismo*, Milano, 1993; *Id.*, *L’inquietudine delle differenze*, Milano, 2008.

37 Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203 in *Giurisprudenza di Merito*, 9, doc. 395, 2006, pp. 1956 ss. con commento adesivo di L. Picotti, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, seguita da Corte d’appello di Venezia, 2 aprile 2007 e, rispetto a questo specifico profilo, Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234 e Corte di cassazione, quarta sezione penale, 10 luglio 2009, n. 41819.

38 Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203; in dottrina, L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 117-145; C. Leotta, voce *Razzismo*, in *Digesto discipline penali-stiche*, IV Aggiornamento, Torino, Utet giuridica, 2008, pp. 850 ss.

39 Cfr. “Differenzialista”, in *Vocabolario Treccani Online*; F. Bordignon, *La Repubblica*, 26 ottobre 2003, Commenti; A. Giddens, *Fondamenti di sociologia*, Bologna, 2001, pp. 149 ss.; sulla rilevanza penalistica del discorso d’odio, magistralmente v., A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Discorso d’odio e libertà di espressione nell’era di internet*, Milano, 2020.

40 A. Spina, *Ibidem*.

41 Tribunale di La Spezia, Ufficio dei giudici per le indagini preliminari, 20 giugno 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

42 Numerosi i contributi in dottrina a proposito della legge Mancino, *ex multis*, P. Zavatti - A. Trenti, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 4, 1995, pp. 565 ss.; G. De Francesco, *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all’art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 2, 1994, pp. 216-217; L. Stortoni, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1, 1994, pp. 14 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.

43 Ci si riferisce alla legge 85/2006 di riforma dei reati di opinione. Cfr., *ex multis*, T. Padovani, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida al diritto*, 2006, 14, pp. 23 ss.; D. Pulitanò, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corriere giuridico*, 2006, 6, pp. 745 ss.; A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, G. Insolera (a cura di), Padova, Cedam, 2006, pp. 135

penalmente rilevante, la dottrina italiana, a differenza di quella nord e sud americana, non sembra essersi mai spinta al di là del mero recepimento delle coordinate ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza, esprimendo peraltro un diffuso consenso all’estensione ed evoluzione della nozione originaria in quella differenzialista⁴⁵.

6. L’omofobia

L’omosessualità è stata definita dall’Organizzazione mondiale della Sanità “*variante naturale del comportamento umano*” andando a cancellarla dall’elenco delle “*malattie mentali*” (Classificazione

-
- ss.; M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 8-10, pp. 960 ss.; D. Notaro, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legislazione Penale*, 2006, p. 401 ss.; C. Visconti, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro italiano*, 2006, 5, pp. 217 ss. Con specifico riferimento alle modifiche alle norme sulla propaganda razzista v., inoltre, i vari contributi raccolti in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, S. Riondato (a cura di), Padova, Cedam, 2006; nonché C.D. Leotta, voce *Razzismo*, in *Digesto discipline penalistiche*, Appendice aggiornata, 2008, pp. 850 ss.; in termini maggiormente orientati verso i delitti contro le confessioni religiose, D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 82; V. Pacillo, *I delitti contro le confessioni dopo la legge 24 febbraio 2006*, n. 85, Milano, 2007, pp. 169 ss.
- 44 La l. 16 Giugno 2016 n. 115 nella Gazzetta ufficiale, Serie Generale n. 149 del 28-06-2016, ha introdotto il reato di negazionismo. Cfr. *ex multis*, A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2017; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015; G. Puglisi, *A margine della c.d. “Aggravante di negazionismo” tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2016; P. Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 3, 2011, pp. 154 ss.; E. Fronza–A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2013; E. Fronza, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 1016 ss.; E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè, 2012; D. Di Cesare, *Negare la Shoah, Questioni filosofico-politiche*, in *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), Il nuovo melangolo, 2013, pp. 69 ss.; G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in www.sidiblog.org, 2016; A. Cavaliere, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 999 ss.; M. Caputo, *La “menzogna di Auschwitz” le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014; D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 978 ss.; L. Goisis, *Crimini d’odio, ivi*, pp. 309 ss.
- 45 “Si diffonde sulla nozione di razzismo contemporaneo (o neorazzismo), quale rifiuto, incondizionato e totale, di una categoria di uomini “anormalmente diversi”, perché inutili o pericolosi e dunque socialmente non integrabili ed inassimilabili a chi rispetto ad essi si sente “superiore””, L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, S. Riondato (a cura di), Padova, Cedam, 2006, p. 122; G. Pavich – A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014, p. 7; C. Visconti, *ivi*, p. 196; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana e danno ad altri*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 961; G. Puglisi, *La Parola Acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l’eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018, pp. 1325 ss.

Internazionale delle Malattie - ICD); la c.d. “de-patologizzazione” è avvenuta esattamente il 17 maggio 1990, giorno per questo scelto per celebrare la Giornata Internazionale contro l’Omofobia, la Transfobia e la Bifobia.

A distanza di oltre trent’anni dalla cancellazione della omosessualità dalle malattie mentali, gli studi scientifici, specie in ambito biologico e genetico, hanno chiarito le ragioni della diversità di orientamento sessuale e identità di genere⁴⁶. Di recente è stato pubblicato sulla rivista “*Science*”, a seguito del più vasto studio in materia, condotto dal MIT e dall’università di Harvard, utilizzando un campione di oltre mezzo milione di americani e inglesi, un articolo ove si afferma: “*Studies have indicated that same-sex orientation and behavior has a genetic basis and runs in families, yet specific genetic variants have not been isolated*”⁴⁷.

Anche studi nell’ambito della neuroendocrinologia legata alla sessualità hanno rilevato che “*l’orientamento omo- o etero - sessuale di un individuo è controllato da un insieme di fattori ambientali e biologici. I fattori biologici sembrano svolgere un ruolo determinante anche se al momento i dettagli dei meccanismi implicati non sono del tutto conosciuti*”⁴⁸ ciò a significare, pertanto, che “*la tesi dei fenotipi sessuali innati è scientificamente la più plausibile*”.

Studi in ambito psichiatrico hanno portato a ritenere che la sessualità di una persona viene definita al momento della nascita e, a volte, prima di allora e che le “preferenze sessuali” rimangono pre-programmate, e cioè esiste una parte congenita, una ereditaria e una parte ambientale⁴⁹. Ripudiate le teorie psicanalitiche freudiane o post-freudiane che vedevano l’omosessuale affetto da un “complesso edipico irrisolto”, seppure non si sia pervenuti ad una risposta definitiva, operando una sintesi estrema, gli studi più recenti ed autorevoli affermano concordemente che l’omosessualità deriva in gran parte da una predisposizione genetica (non associata ad un solo gene) e da fattori ambientali.

Ciò posto, per quanto concerne il termine Omofobia: “*s. f. [comp. di omo (come competitivo di omosessualità) e -fobia] - Paura di essere o di scoprirsi omosessuale, sia come atteggiamento di condanna dell’omosessualità*”⁵⁰, nel lessico comune, è quell’avversione, quell’odio nei confronti degli omosessuali.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006 contiene una definizione completa di omofobia: “*paura e avversione irrazionali provate nei confronti dell’omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all’antisemitismo e al sessismo*” e aggiunge che essa “*si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all’obiezione di coscienza*”⁵¹.

A ben vedere, essa si presenta esattamente come tutte le altre forme di odio e di discriminazione del (o per il) diverso, cioè attraverso convinzioni personali (errate) secondo le quali “l’altro” sarebbe

46 “*Determinismo o volontarismo? È questa una delle polarizzazioni che più spesso viene avanzata nel dibattito sull’omosessualità*”: v. anche per i richiami di dottrina, L. Goisis, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in questa rivista, 1, 2015, pp. 44 ss.

47 *Science*, 30 Aug 2019, Vol. 365, pp. 869-870, <https://science.sciencemag.org/content/365/6456/869> (letteralmente: “*Gli studi hanno indicato che l’orientamento e il comportamento omosessuali hanno una base genetica e sono familiari, ma non sono state isolate varianti genetiche specifiche*”).

48 J. Balthazart, *Biologia dell’omosessualità. Eterosessuali o omosessuali si nasce, non si diventa*, Torino, 2020.

49 J. Clerget, *Historicité de l’homosexualité*, Paris, 2007.

50 Il vocabolario Treccani, *sub Omofobia*, III, Roma, 1986, p. 687.

51 Rinvenibile sul sito ufficiale del Parlamento Europeo, al link <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20060018+0+DOC+XML+V0//IT>.

diverso, contrapposto, inferiore, anomalo e quindi in contrasto con “l’ordine sociale”.

In ambito europeo, si ricorda che l’art. 21, Carta di Nizza, o Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, afferma che sono vietate discriminazioni basate sugli orientamenti sessuali. Nello stesso senso anche il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea afferma, all’art. 10, che “nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”. Il principio di non discriminazione fondato sull’identità di genere o sull’orientamento sessuale, si rinviene *in primis* nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo (art. 14, divieto di discriminazione; Protocollo n. 12) e nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo (ad esempio, *Oliari v. Italy, 2015; Ratzenböck and Seydl v. Austria, 2017*), nonché nella Raccomandazione CM/Rec (2010) 5 del Consiglio d’Europa sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull’orientamento sessuale o l’identità di genere.

La Convenzione di Istanbul (“*Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*”) vieta la discriminazione fondata, tra gli altri, sull’identità di genere e l’orientamento sessuale (art. 4, paragrafo 3).

In conclusione di paragrafo, in base a quanto emerge dai più recenti studi scientifici, è possibile affermare che non solo l’omosessualità è una variante naturale del comportamento umano, ma è anche una caratteristica biologica dell’individuo, innata e correlata al DNA. Eventi di discriminazione omofobica avvengono raramente per un comportamento specifico tenuto dalla vittima (stereotipato quale distintivo dell’omosessuale), bensì per il fatto stesso di essere omosessuale: discriminati per ciò che si è e non per ciò che si fa, o, in altre parole e citando la Senatrice Liliana Segre, discriminati “*per la colpa d’esser nati*”⁵².

7. Esistono differenze fra razzismo e omofobia?

Questa è la domanda centrale del presente elaborato.

Si è osservato che con il termine razzismo ci si riferisce a quell’idea (scientificamente superata) secondo la quale la specie umana può essere suddivisibile in razze biologicamente distinte, caratterizzate da diverse capacità intellettive, valoriali, etiche e/o morali, con la conseguente convinzione che sia possibile determinare una gerarchia secondo cui un particolare, ipotetico, raggruppamento razzialmente definito possa essere considerato superiore o inferiore a un altro.

Il concetto di “razzismo” è stato recentemente ampliato oltre la nozione esclusivamente biologica e medica, per approdare ad una nozione c.d. “differenzialista”, detto anche “neo-razzismo” o “razzismo culturale”, fondato cioè sulla differenziazione di “tipo culturale” fra gruppi diversi⁵³; in questa categoria viene ricompreso anche il razzismo “culturale” nei confronti degli zingari o degli islamici (c.d. islamofobia).

Come si diceva, il razzismo “differenzialista”, sviluppatosi negli anni 80’ e 90’ del secolo scorso in sociologia, estendendo il concetto di razzismo originario, ha codificato una definizione di razzismo coincidente con discriminazione, propria del sentire comune. È ad ogni modo opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il razzismo per esser tale debba essere basato “*sulla qualità del soggetto*” e non su un comportamento⁵⁴.

⁵² G. Colombo – L. Segre, *La sola colpa di essere nati*, Milano, Garzanti, 2021.

⁵³ Si veda altresì <https://en.wikipedia.org/wiki/Culturalracism>.

⁵⁴ Nella giurisprudenza della Suprema Corte Italiana: Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234,

Per quanto concerne l’omofobia, si è visto che essa consiste in un’avversione irrazionale, in un profondo odio nei confronti delle persone omosessuali. Storicamente, questi (comunità LGBTQI+) sono una categoria di persone discriminate da millenni, frammischandosi, nei corsi e ricorsi storici, critiche morali-religiose a discriminazioni di tipo prettamente razzista⁵⁵. Da ricordare infatti che gli omosessuali sono stati perseguitati dal nazi-fascismo attraverso la deportazione nei campi di concentramento (identificando la comunità degli omosessuali con il tristemente celebre triangolo rosa, e quella lesbica con un triangolo nero) ed il confino. Tuttavia, nell’inserire gli omosessuali fra le categorie da discriminare “a difesa della razza”, è stato osservato dagli storici più attenti che si è dato agli omosessuali lo stesso *status* sociale dei rom, degli ebrei e dei neri, classificandoli come una vera e propria razza⁵⁶.

Oltre ai precedenti storici, va richiamata l’attenzione sulle ricerche scientifiche recenti sopra citate che spiegano oggi l’omosessualità da un punto di vista genetico e biologico: essere gay non è una scelta, bensì una caratteristica biologica e fenotipica innata, derivante dal DNA.

Si consideri inoltre che le discriminazioni e le aggressioni motivate da odio omofobico si presentano nella maggioranza dei casi non come reazioni ad un comportamento dell’omosessuale (approcci amorosi o manifestazioni di affetto in pubblico) ma come attacchi alle persone LGBT per il semplice fatto che esistono. E le persone LGBT esistono perché il loro DNA conduce all’espressione di quel particolare fenotipo sessuale. Ad ogni modo, anche laddove un’aggressione omofoba dovesse avvenire in seguito ad un comportamento dell’aggredito (esempio: un bacio in pubblico alla persona amata), sarebbe comunque un’aggressione fondata sull’odio per una caratteristica di un individuo, cioè il suo orientamento sessuale, e non per un mero comportamento⁵⁷.

In altre parole, differenti razze umane non esistono, ma nella mentalità dei razzisti e dunque nella legislazione anti-razzista, va considerato che anche gli omosessuali sono discriminati come una razza: un gruppo di persone, biologicamente e qualitativamente determinate, inferiori, e non integrabili con gli eterosessuali.

L’omofobia è dunque una forma di razzismo.

8. Un’analogia *in malam partem*? È da escludersi

L’innovativa interpretazione dell’art. 604 *bis* c.p., propugnata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Forlì, e sostenuta fortemente dalla Parte Civile Arcigay Rimini “Alan Turing”, non è stata accolta dal Tribunale di Forlì, con la motivazione che tale ermeneutica sarebbe una forma mascherata di analogia *in malam partem*.

Premesso che certamente vi saranno ulteriori gradi di giudizio che verteranno sul tema, sia consentito osservare già da ora che quella operata dalla Procura di Forlì è dichiaratamente una interpretazione teleologica ed estensiva dell’aggettivo “razziale” impiegato nella legge Reale Mancino e nel codice penale. Ciò indurrebbe a ritenere che non possa trattarsi di analogia *in malam partem*, per la dif-

in *Diritto e Giustizia online* 2008; Corte di cassazione, prima sezione penale, 13 dicembre 2019, n. 1602 in *Redazione Giuffrè*, 2020.

⁵⁵ P. Pedote, *Storia dell’omofobia*, Città di Castello 2011; S. Alliva, *Caccia all’omo*, Roma, 2020.

⁵⁶ G. Dall’orto, *Il paradosso del razzismo fascista verso l’omosessualità*, in *Nel nome della razza – Il razzismo nella storia d’Italia 1870-1945*, A. Burgio (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 515-525.

⁵⁷ Sui crimini d’odio omofobico, si veda L. Goisis, *Crimini d’odio, ivi*, pp. 461 ss.

ferenza strutturale esistente fra analogia e interpretazione estensiva⁵⁸.

Per “analogia” si intende “l’operazione intesa ad assegnare alla previsione normativa un significato più ampio di quello risultante dalla portata letterale della stessa: nel dettaglio si sussume nell’ambito di operatività della disposizione un caso non previsto, sulla scorta di un ritenuto rapporto di similitudine con quello espressamente contemplato”⁵⁹. Come è noto, non è ammessa l’analogia *in malam partem* in materia penale, e tale principio (c.d. di tassatività), che trova fondamento costituzionale all’art. 25, comma 2, Cost. e normativo all’art. 14 delle Preleggi, si considera tradizionalmente un corollario del principio inderogabile di legalità⁶⁰.

Di particolare rilievo anche nel presente caso è l’esatta identificazione della dibattuta distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia. Anzitutto diverse sono le finalità tra le due operazioni: la prima è tesa a specificare e dichiarare il significato delle disposizioni al fine di ottenere norme giuridiche, mentre la seconda è uno strumento di integrazione dell’ordinamento volto, come si diceva, a colmare le lacune. Differenti sono altresì i *modi operandi*: “l’interpretazione estensiva assegna ad un termine o ad un sintagma un significato più ampio di quello desumibile prima facie dalla dizione letterale della disposizione, facendo rientrare nel suo campo di applicazione anche fattispecie ulteriori, ma pur sempre riconducibili ai possibili significati letterali della disposizione”; l’operazione analogica estende la disposizione oltre i suoi limiti, applicandola ad un caso da essa non previsto, ma simile⁶¹. La Suprema corte ha precisato che l’interpretazione estensiva “mantiene il campo di validità della norma entro l’area di significanza dei segni linguistici coi quali essa esprime, mentre l’analogia stende tale validità all’area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. L’interpretazione estensiva è pur sempre legata al testo della norma esistente, il procedimento analogico, invece, è creativo di una norma nuova che prima non esisteva. E ciò spiega perché il procedimento analogico sia incompatibile col principio di legalità, sancito legislativamente dall’art. 1 c.p. e costituzionalmente garantito dal secondo comma dell’art. 25 Cost.”⁶².

⁵⁸ *Ex multis*, N. Bobbio, *L’analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 172; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 2, 1997, pp. 171 ss.; E. Mazzoleni, *Logica ed interpretazione in Norberto Bobbio*, in *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, M. Saporiti (a cura di), Torino, 2016, pp. 177 ss.; S. Panagia, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 1124 ss.; R. Rinaldi, *L’analogia e l’interpretazione estensiva nell’applicazione della legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 195 ss.; G. Tuzet, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, pp. 507 ss.; *Id*, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, pp. 41 ss., e bibliografia *ivi* citata; G. Vassalli, *Analogia (dir. pen.)*, in *Digesto discipline penali*, Torino, 1987, pp. 159 ss.; V. Velluzzi, *Sulla nozione di ‘interpretazione giuridica corretta’ (e sui suoi rapporti con l’interpretazione estensiva)*, in *Cassazione penale*, 2004, pp. 2588 ss.

⁵⁹ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, Nel Diritto, 2020, 42; Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale parte generale*, Cedam, 2020, pp. 70 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2020, pp. 81 ss.; S. Beltrani, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 59 ss.; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, F. Pisa, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 140 ss.; T. Padovani, *Diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 37 ss.

⁶⁰ Per una critica al “tabù” illuminista e giuspositivista del divieto di analogia cfr., A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2003, p. 17; G. Marinucci, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1254 ss. Kaufmann muove dalla premessa secondo la quale il ragionamento giuridico presenterebbe un carattere strutturalmente analogico, sviluppando le cadenze di quella teoria ermeneutica dell’interpretazione che Marinucci sottopone a critica nel saggio indicato. Si segnala altresì la recente sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale italiana, in materia di divieto di analogia in *malam partem*, in www.giurcost.org.

⁶¹ R. Garofoli, *ivi*, p. 43.

⁶² Corte di cassazione, 3 luglio 1991, in *Foro Italiano*, 1992, p. 146.

Sintetizzando, è possibile affermare che l'interpretazione estensiva, a differenza dell'analogia, rimane sempre nei confini letterali ("entro la cornice letterale") della disposizione e, pertanto, è pienamente ammissibile in materia penale.

Esattamente come accaduto nella sentenza del Tribunale di Verona citata⁶³, in cui operando una interpretazione estensiva si era stabilito che "la norma penale italiana consente di annoverare nell'interdetto antirazzista anche fenomeni di cd. razzismo implicito", anche nel presente caso si è utilizzata l'interpretazione estensiva del termine razzismo, per includervi la discriminazione di tipo omofobico. Non appare allora corretta la qualificazione del ragionamento esposto come un'"analogia in malam partem", in quanto la discriminazione degli individui omosessuali può esser fatta rientrare nell'alveo dei significati del termine razzismo, senza con ciò violare il principio di legalità. Del resto, non esiste una definizione normativa di razzismo, dunque il concetto può e deve essere individuato dagli interpreti⁶⁴. Ritenere che il razzismo penalmente rilevante sia unicamente quello fondato sulla discriminazione per colore della pelle, come ha sostenuto il Tribunale forlivese, è un'impostazione vetusta e superata come si è già sopra esposto⁶⁵. Si pensi semplicemente alle idee antisemite, a mezzo delle quali si è nello scorso secolo anche in Italia discriminata una intera categoria di persone, sulla base di una presunta appartenenza di queste ad una razza, pur non connotata da caratteristiche visibili (per quanto ricercate scientificamente).

Infine, si rammenta, l'utilizzo della interpretazione teleologica presuppone necessariamente la possibilità di distaccarsi dalle volontà del legislatore storico, al fine di permettere alla norma di approdare a significati nuovi, più aderenti alle necessità di tutela del bene giuridico. L'interpretazione teleologica, modello ermeneutico tendenzialmente dominante nella letteratura penalistica, è infatti di tipo oggettivo e cioè "non rivolto al passato" ovvero sia "all'intenzione del legislatore", bensì aperto alla dimensione presente e futura della norma⁶⁶.

Sono molti peraltro i precedenti giurisprudenziali in cui si è utilizzata l'interpretazione estensiva in malam partem, senza sfociare nell'analogia: si pensi al furto di energia elettrica (prima che venisse riformato l'art. 624 c.p.), o al caso delle molestie telefoniche via SMS per l'art. 660 c.p.⁶⁷, o ancora l'inclusione delle onde elettromagnetiche nella nozione di "cose" nel reato di getto pericoloso di cui all'art. 674 c.p.⁶⁸.

9. Da Forlì a Brasilia: spunti di riflessione (e molto di più) che arrivano dall'altra parte del mondo

Prima di concludere, risulta particolarmente importante richiamare un caso giurisprudenziale avven-

63 Reperibile sul sito dell'Unar, all'indirizzo http://www.unar.it/wp-content/uploads/2014/01/VITA_PUBBLICA_REATI_Tribunale_di_Verona_2_dicembre_2004.pdf.

64 In dottrina si veda il più volte citato C. Visconti, *ivi*, in particolare il paragrafo denominato "la nozione di razzismo penalmente rilevante".

65 Il Tribunale in entrambe le sentenze scrive: "...razza, evidentemente intesa come gruppo di individui empiricamente distinti da caratteri somatici comuni, e così la "razza bianca", "razza nera", "razza gialla", o tornando con la memoria ai tempi più bui della nostra storia, "razza ariana".".

66 G. Fiandaca, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2019, pp. 137 ss.

67 Corte di cassazione, terza sezione penale, 26 marzo 2004, n. 28680 in *Rivista penale*, 2005, pp. 163 ss.

68 Corte di cassazione, terza sezione penale, 26 settembre 2008, n. 36845, in *Ambientediritto*, 2008 (reperibile al link https://www.ambientediritto.it/sentenze/2008/Cassazione/Cassazione_2008_n.36845.htm).

nuto dall’altra parte del mondo: in Brasile. Trattasi di una (assai corposa) recentissima sentenza del Tribunale Superiore Federale (ADO 26 e MI 4,733), del tutto inedita nella dottrina giuridica nostrana, del giugno 2019 e depositata nell’ottobre 2020⁶⁹.

Il verdetto pronunciato dal Supremo Collegio brasiliano, accoglieva due ricorsi dell’Associazione brasiliana lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersex (ABGLT) e del Partito socialista popolare (PPS)⁷⁰ promossi nel 2012 e il 2013, i quali denunciavano la mancanza di protezione dalla discriminazione per le persone gay e trans in Brasile, con violazione dei punti XLI e XLII dell’art. 5 della Costituzione della Repubblica Federale Brasiliana del 1988 (principio costituzionale di criminalizzazione di ogni discriminazione che attenti ai diritti e alle libertà fondamentali)⁷¹. In particolare, le associazioni LGBTQI+ brasiliane lamentavano che la legge 7716/1989 puniva solo le condotte discriminatorie motivate da razzismo, lasciando prive di tutele le minoranze da loro rappresentate, accusando quindi il congresso nazionale di omissione⁷².

Questo particolare tipo di ricorso (*ação direta de inconstitucionalidade por a omissão*) è un modo di attivazione diretto della Corte Suprema Brasiliana, esperibile anche da associazioni ed enti collettivi, al fine di rilevare mancate applicazioni della Costituzione. Le pronunce di accoglimento hanno efficacia *erga omnes* ed hanno, oltre alla funzione nomofilattica, l’effetto di mettere in mora un organo dello Stato, diffidando lo stesso ad adempiere ai propri doveri costituzionali.

La sentenza pronunciata dal Supremo Tribunale Federale (d’ora in poi STF) è tecnicamente una pronuncia di accoglimento, di tipo interpretativo (*“método da interpretação conforme”*), respingendo le accuse di sentenza additiva⁷³: il STF riconosce l’omissione, costituzionalmente illegittima, delle tutele alle minoranze LGBTQI+, stabilisce che questa andrà sanata dal Parlamento con una legge *ad hoc* che punisca l’odio omotransfobico e, tuttavia, senza attendere i tempi della politica, attraverso una (re)interpretazione letterale, teleologica⁷⁴ ed evolutiva del concetto di razzismo, include in quest’ultimo altresì l’omofobia e la transfobia (*“le condotte omotransfobiche si qualificano come specie del genere razzismo”*)⁷⁵.

Vediamo meglio il ragionamento svolto dalla Corte.

Partendo dalla fine, nel dispositivo il STF afferma: *“Il concetto di razzismo, inteso nella sua dimensione sociale, è proiettato oltre gli aspetti strettamente biologici o fenotipici, in quanto risulta, come manifestazione di potere, una costruzione di carattere storico-culturale motivata dall’obiettivo di*

69 Dispositivo e motivazione (566 pagine!) possono essere lette sulla pagina ufficiale del Supremo Tribunale Federale <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

70 Difeso dall’avvocato Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, autore di un interessante e dotto articolo sulla rivista brasiliana *Consultor Jurídico*: https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn3.

71 *“qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”* recita la Costituzione Federale Brasiliana, art. 5º, XLI.

72 S.C. Araújo Lopes, *Criminalization of homophobia. A trial at the Brazilian Supreme Court*, in *The Unwritten Brazilian Constitution: Human Rights in the Supremo Tribunal Federal*, Rubens Becak (a cura di), Jairo Lima, pp. 111 ss.

73 V. in particolare la dotta e corposa motivazione di voto del Relatore, Celso de Mello, alla quale il collegio ha sostanzialmente aderito con votazione di 8 contro 3, in <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-01.pdf>.

74 Per quanto non espressamente esplicitata dalla sentenza e dai commentatori, l’interpretazione teleologica appare utilizzata, visto il continuo riferimento alla necessità di tutelare la dignità delle persone LGBT+ e garantire l’uguaglianza.

75 Alle ultime due pagine della motivazione (nel dispositivo) vi sono queste significative parole al punto d): *“que as práticas homotransfóbicas qualificam se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão”*.

giustificare la disuguaglianza, e destinata al controllo/dominazione ideologica, politica, sottomissione sociale e negazione dell'alterità, dignità e umanità di coloro che, poiché appartengono a un gruppo vulnerabile (LGBTI+) e poiché non appartengono al gruppo che detiene una posizione di egemonia in una data struttura sociale, sono considerati estranei e diversi, degradati alla condizione di marginali dell'ordinamento giuridico, esposti, per effetto di odiosa inferiorità e perversa stigmatizzazione, ad una ingiusta e dannosa situazione di esclusione dal sistema generale di tutela della legge"⁷⁶. Riprendendo un proprio precedente (il caso *Ellwanger* HC 82.424 / RS), in cui si era affermato che l'antisemitismo è una condotta razzista e che il razzismo è la dominazione di un gruppo sociale rispetto a un altro, l'STF è partito dall'osservazione che nella propria normativa antirazzista si utilizzano due parole diverse e cioè "razza" e "colore" e dunque, secondo la massima ermeneutica "la legge non contiene parole inutili", "razza" non può significare solo "colore"⁷⁷. Essendo l'umanità biologicamente unica, affinché il razzismo non diventi un crimine impossibile, si è affermato che esso è un concetto politico-sociale - storico, antropologico e sociologico (*ratio decidendi* della decisione). "Il concetto di razza è fluido, cosicché diventa possibile l'emergere di nuovi gruppi considerati razze e la scomparsa di altri gruppi razzializzati"; "In realtà, il significato di "razza" - che non è limitato o limitato a un concetto di carattere strettamente fenotipico - rappresenta una costruzione sociale arbitraria, sviluppata in un determinato momento storico, mirante a creare meccanismi per giustificare la disuguaglianza, con l'istituzione di gerarchie artificialmente sostenute dall'egemonia di un certo gruppo di persone sugli altri strati esistenti in una particolare formazione sociale. È per questo motivo che il concetto generale e astratto di razzismo ha un carattere ampio, sotto la cui egida diventano inquadrabili le pratiche di omofobia e transfobia" afferma la Corte⁷⁸.

La STF ricorda che anche nella comunità internazionale è accolta tale nozione ampia di razzismo: "Infatti, l'esame del contenuto materiale degli statuti internazionali che compongono il Sistema globale per la protezione dei diritti umani - Dichiarazione universale dei diritti umani (1948), Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), International Covenant on Civil and Political Rights (1966), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), Durban Declaration and Program of Action (2001), tra gli altri - rivela che la comunità internazionale ha scelto il termine razzismo come espressione che designa, sotto lo stesso segno, tutte le forme di discriminazione e intolleranza che, rappresentando la negazione dell'uguaglianza e della dignità che qualificano gli esseri umani, alimentano l'odio e la divisione tra gruppi sociali"⁷⁹.

Significativi e quasi poetici alcuni passaggi della sentenza "In una parola: né pagani né ebrei; né patrizi né gente comune; né omosessuali né transessuali; né cisgender né transgender. Senza alcuna gerarchia o distinzione di origine, razza, confessionale o orientamento alla fortuna, siamo tutti persone, essenzialmente dotate di pari dignità e impregnate di ragione e coscienza, identificate dal legame comune che ci proietta, nella solidarietà, nella dimensione infinita dell'umanità"⁸⁰.

Lo step successivo è stato considerare l'omotransfobia una *species* del *genus* razzismo ed inclu-

⁷⁶ Dispositivo §3. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Si noti che la Corte brasiliana recepisce quello che è l'assunto fondamentale della "Critical Racial Theory" americana: un movimento di giuristi che, a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso, ha riletto e criticato il fenomeno giuridico assumendo il fattore dell'appartenenza razziale come paradigma epistemologico e normativo. Per un'analisi V. G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, pp. 287 ss.

⁷⁷ C. de Mello, *ivi*, pp. 80 ss.

⁷⁸ C. de Mello, *ivi*, pp. 70 ss., p. 97.

⁷⁹ C. de Mello, *ivi*, p. 81.

⁸⁰ C. de Mello, *ivi*, p. 77.

derla nei crimini razziali ("di razza", ad esempio, articolo 20 della legge 7.716/89⁸¹). Attenzione: non per "analogia", perché "criminalizzare per analogia" richiederebbe che l'omotransfobia fosse "grave come" il razzismo⁸², cioè che merita la stessa punizione, ma non è questo che l'STF ha riconosciuto. È stata invece compiuta un'interpretazione letterale dei termini "razza" e "razzismo", o meglio, evolutiva, se si considera che questi avevano originariamente un significato tipicamente biologico⁸³. Trattasi di "mera sussunzione di comportamenti omotransfobici ai vari precetti di incriminazione primaria definiti nella legislazione penale già esistente (legge n. 7.716 / 89, in questo caso), in quanto atti di omofobia e la transfobia costituiscono manifestazioni concrete del razzismo, inteso nella sua dimensione sociale: il cosiddetto razzismo sociale"⁸⁴.

Un'interpretazione che rimane nei limiti segnati dalla cornice letterale del quadro normativo, fondata su un concetto – il razzismo differenzialista - già affermato in un precedente della stessa Corte Suprema, avallato da decenni dalla letteratura americana contro il razzismo. Non c'è un'"intollerabile vaghezza", né violazione del principio di tassatività: i giudici non hanno creato nuove norme ma solo correttamente interpretato quelle già esistenti. Del resto, come affermano i commentatori⁸⁵, se non fosse consentito ai giudici di interpretare le norme, vi sarebbe un'anacronistica resurrezione delle tesi illuministiche che consideravano il giudice "bouche de la loi", che poteva solo svolgere "il sillogismo perfetto", per dirla alla Beccaria⁸⁶: qualcosa di certamente incompatibile con la realtà odierna del diritto penale, da alcuni addirittura definito "giurisprudenziale"⁸⁷.

La STF brasiliana non è la sola a sostenere tale interpretazione del razzismo inclusiva dell'omofobia. Viene citato il parere del Procuratore generale presso la Corte Suprema⁸⁸ e, significati-

-
- 81 Che afferma essere reato "praticare, indurre o incitare al pregiudizio o alla discriminazione" per razza, colore, etnia, religione o origine nazionale.
- 82 Concetto già sostenuto nella giurisprudenza EDU: Corte europea dei diritti dell'Uomo, sezione quinta, sentenza del 9 febbraio 2012, *Vejdeland* e altri c. Svezia. Per un autorevole commento, L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2013, 418. La sentenza può esser letta in <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-europea-dei-diritti-delluomo-prima-sezione-vejdeland-e-altri-contro-svezia-decisione-del-9-febbraio-2012/>.
- 83 C. de Mello, *ivi*, p. 80: "Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de "raça" – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas".
- 84 C. De Mello, *ivi*, p. 95
- 85 P. R. Iotti Vecchiatti, *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*, in *Consultor Jurídico*, www.conjur.com, 2019.
- 86 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1763, Cap. IV: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza".
- 87 A. Manna, *La storia del diritto penale "giurisprudenziale"*, in *Il diritto di difesa*, www.dirittodidifesa.eu, 2021,; *Id.*, *Il principio di legalità*, in *Archivio Penale*, 3, 2017.
- 88 C. De Mello, *ivi*, p. 87: "l'omofobia deriva dalla stessa intolleranza che ha dato origine ad altri tipi di discriminazione, come quelli in ragione di colore, origine nazionale, religione, etnia, classe, genere", arrivando a riconoscere, quindi, che "la pratica del razzismo include atti omofobici e transfobici" (traduzione nostra).

vamente, Guilherme De Souza Nucci: professore, giudice, autore del manuale di diritto penale maggiormente utilizzato presso le università del Brasile, da molti considerato il più autorevole penalista dell'intera America latina. "La razza è un termine infelice e ambiguo" – sostiene il prof. Nucci - "poiché significa sia un gruppo di persone con gli stessi caratteri somatici, sia un gruppo di individui della stessa origine etnica, linguistica o sociale. Insomma, la razza è un gruppo di persone che condividono idee o comportamenti comuni, che si uniscono per difenderli, senza necessariamente costituire un insieme omogeneo di persone fisicamente simili. Per inciso, in questo modo, gli omosessuali discriminati possono, ai fini dell'applicazione della presente legge, essere considerati un gruppo razziale. (...) Ci sembra che si tratti di razzismo, poiché, sulla scia dell'interpretazione data dalla STF, qualsiasi forma di "fobia", diretta all'essere umano, può essere manifestazione "razzista". Ecco perché è inserito nel contesto della Legge 7.716 / 89. Non è possibile parlare dell'utilizzo di un'analogia "in malam partem". Non si intende, in un processo di assimilazione per somiglianza, considerare l'ateo o l'omosessuale qualcuno "simile" al membro di una certa "razza". Al contrario, si nega che esista un valido concetto di "razza" per definire qualsiasi gruppo umano, cosicché il "razzismo" o, se preferibile, la discriminazione o il pregiudizio di "razza" è solo una manifestazione del pensiero segregazionista, mirato a dividere gli esseri umani, secondo criteri frivoli e arbitrariamente eletti, in caste, privilegiando alcuni rispetto ad altri. Andiamo oltre. Impedire, ad esempio, a una persona povera di entrare in un esercizio commerciale è pura discriminazione. Sebbene la "povertà" non sia, nel criterio semplicistico del termine, una "razza", è un meccanismo estremamente semplice per differenziare gli esseri umani. Pertanto, è una mentalità "razzista". Essere un ebreo, allo scopo di considerare gli atti antisemiti come manifestazioni di "razzismo", quindi un crimine imprescrittibile, era un'interpretazione costituzionalmente valida. Pertanto, essere ateo, omosessuale, povero, tra gli altri fattori, può anche essere un elemento di valutazione ragionevole per mostrare la ricerca di qualsiasi gruppo egemonico per rimuovere individui indesiderabili dalla vita sociale. Non può essere considerato 'razzismo' attaccare gli ebrei, solo a causa di fatti storici deplorabili, come l'olocausto, ma, soprattutto, perché tutti sono esseri umani e la 'razza' è un concetto enigmatico e ambiguo, che merita, quindi, un'interpretazione secondo i precetti di uguaglianza, proclamati dalla Costituzione federale, in funzione dello Stato di diritto democratico"⁸⁹.

Certamente quella brevemente analizzata è una sentenza rivoluzionaria per il Brasile⁹⁰, che al di là degli aspetti sociali sui quali agisce in quel paese, potrà fungere anche da precedente giurisprudenziale significativo per casi analoghi in ogni parte del globo.

Voci contrarie ed aspre polemiche in un paese come il Brasile (attualmente a maggioranza conservatrice), non potevano mancare. Per quanto riguarda le critiche in punto di diritto, le accuse di analogia *in malam partem*⁹¹ sono state forse meno pesanti di quelle di aver violato il principio di legalità e la separazione dei poteri⁹². Ad ogni modo, nessuna critica appare insuperabile⁹³.

89 G.D.S. Nucci, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, item n. 8, 5a ed., Rio de Janeiro, RT, 2014, p. 305 e citato in C. De Mello, *ivi*, pp. 87-88.

90 È stata anche definita come la più "ativistas" delle sentenze della corte suprema, L.R. Barroso, *O Supremo Tribunal Federal ainda no olho do furacão*, in *Consultor Jurídico*, www.conjur.com, 2019.

91 *Ex multis*, F. Valente, *Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz advogado criminalista*, in *Consultor Jurídico*, www.conjur.com, 2019.

92 Cfr. R. Gesta Leal, *LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto!*, in *Consultor Jurídico*, www.conjur.com, 2019; G. Badarò, *Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista*, in *Jota*, 2019; C. de Mello, *ivi*, p. 100: "Penso che, nel caso in corso di valutazione, non vi sia alcuna ricostruzione giurisdizionale di tipi criminali, non si estende la legislazione penale a situazioni o comportamenti assolutamente estranei o privi di collegamento con la descrizione tipica ivi contenuta, né compie eventuali innovazioni nel piano dell'ordinamento penale".

10. Conclusioni

La tesi della Procura di Forlì - sintetizzabile nella formula “l’omofobia è una forma di razzismo” - appare ben argomentata e giuridicamente condivisibile.

La scienza (in molti campi del sapere: medico-psichiatrico, biologico, genetico, sociologico, psicologico e storico) ha chiarito che gli omosessuali sono una comunità di persone aventi un orientamento sessuale connaturato alla persona, spesso innato, e con caratteristiche geneticamente e biologicamente (pre)determinate. La comunità, oggi universalmente indicata come LGBTQI+, è stata nel corso della storia (ed è ancora) bersaglio di discriminazione, sia sotto il profilo individualistico morale-religioso, sia sotto il profilo comunitario razziale, connotata dall’assioma della superiorità eterosessuale (e cissessuale) e dell’inutilità per la società degli omosessuali, in una visione di procreazione ed evoluzione della specie. Gruppi di chiara ispirazione nazi-fascista e xenofoba - e molte religioni - propugnano ancora oggi la tesi che gli omosessuali sarebbero “un abominio”⁹⁴, “contro natura”, fonte di disordine socio-culturale ed educativo, una “razza inferiore”, in senso etimologico, che cioè neppure rientrerebbero nell’ordine naturale del genere umano e, pertanto, da escludere dalla società e dalle istituzioni, da sottoporre a persecuzioni oppure da relegare ad una sfera privatissima (sono noti, peraltro, i problemi psicologici legati al c.d. *coming out*, ancora oggi in molti dei paesi occidentali).

Considerare allora l’omofobia come una delle forme di razzismo contemporaneo⁹⁵ è non solo corretto storicamente e scientificamente come si è detto, ma anche giuridicamente: la discriminazione omofobica avviene sulla base dell’orientamento sessuale e dunque sulla base di una caratteristica determinata biologicamente, allo stesso modo di quanto accade nella discriminazione razziale, ad esempio nei confronti dei neri. Conseguenza di tale ragionamento è che ogni normativa anti-razzista va necessariamente applicata anche ai casi di odio e discriminazione nei confronti degli omosessuali. Ciò può avvenire per via ermeneutica, e cioè tramite l’interpretazione del diritto o con leggi *ad hoc*. Anche in ambito penale infatti, fondato sul principio di stretta legalità, l’interpretazione teleologica ed estensiva è ammessa.

Una conclusione dirompente quella propugnata dalla Procura di Forlì e dalla Parte Civile Arcigay Rimini, ma che si presenta come necessaria, doverosa ed intellettualmente onesta, che tiene conto degli sviluppi della scienza, degli insegnamenti della storia, e del mutamento sociale e culturale degli ultimi decenni. Ciò si presenta rispettoso del principio di uguaglianza e non discriminazione. È infatti nella logica del principio di uguaglianza trattare allo stesso modo le situazioni identiche: così appaiono ad esempio la discriminazione per il colore della pelle o l’antisemitismo e l’omofobia.

A ben vedere, il contrario, e cioè non punire l’omofobia, sarebbe una truffa delle etichette, una discriminazione fra le discriminazioni, oltre che un’iniqua gerarchizzazione delle sofferenze patite da gruppi ugualmente discriminati.

93 P.R. Iotti Vecchiatti, *ivi*.

94 Chiaro il riferimento all’episodio biblico di Sodoma, descritto nella Genesi (19, 1-29); ne ho parlato in A. Cirelli, *L’odio «che non osa pronunciare il proprio nome»*, in *Nessun Dogma*, 4, 2021, 14 ss.

95 A. Pompeu, *Homofobia é forma de racismo contemporâneo, afirma Celso de Mello*, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019; Cfr. M. Winkler, *L’omofobia è razzismo*, in *Ilfattoquotidiano*, 7 giugno 2010.