



Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2022-2023

**LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO,
DISCORSI D'ODIO E DIRITTO PENALE**

Relatore: Prof. Riccardo Borsari

Studentessa: Monica Molinaro

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUZIONE..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPITOLO I - CRIMINI E DISCORSI D'ODIO: UNA PANORAMICA GENERALE

| | |
|--|----|
| 1. Definizione e specificità dei crimini d'odio..... | 5 |
| 1.1. I tratti e le qualità protetti e le problematiche connesse all'orientamento sessuale..... | 7 |
| 1.2. Il carattere simbolico dei discorsi d'odio..... | 10 |
| 1.2.1. Il termine odio come “palude concettuale” | 12 |
| 1.2.2. L'interscambiabilità della vittima come conseguenza del valore simbolico dei crimini d'odio. Le problematiche connesse alla violenza di genere..... | 14 |
| 1.3. Il motivo di pregiudizio e le ipotesi di concorso di motivi alla base della condotta..... | 17 |
| 1.4. La maggiore dannosità dei crimini d'odio..... | 20 |
| 1.5. I fenomeni dell' <i>under-reporting</i> e <i>under-recording</i> e il rischio di <i>escalation</i> ...22 | |
| 2. Definizione e specificità dei discorsi d'odio. Le difficoltà nella ricostruzione del concetto di discorso d'odio..... | 23 |
| 2.1. <i>Segue</i> : i discorsi d'odio <i>online</i> | 26 |
| 2.2. <i>Segue</i> : il fenomeno delle c.d. <i>echo chambers</i> | 30 |
| 3. L'incidenza a livello statistico dei discorsi d'odio..... | 32 |
| 4. Conclusioni..... | 39 |

CAPITOLO II - CENNI DI DIRITTO EUROPEO IN MATERIA DI DISCORSI D'ODIO *ONLINE*

| | |
|---|----|
| 1. Le cause dell'attenzione da parte dell'Europa in materia di diffusione dei discorsi d'odio <i>online</i> e l'approccio “integrato e multilivello”..... | 43 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 2. Le disposizioni sul contrasto all'odio <i>online</i> attraverso lo strumento del diritto penale..... | 52 |
| 2.1. La Raccomandazione (97) 20 del Consiglio d'Europa..... | 52 |
| 2.2. Il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica..... | 58 |

CAPITOLO III - IL DIRITTO PENALE COME MEZZO DI CONTRASTO AI DISCORSI D'ODIO: L'ART. 604-BIS C.P.

| | |
|---|-----|
| 1. L' <i>iter</i> di formazione dell'attuale art. 604-bis c.p..... | 69 |
| 2. Il dibattito sull'opportunità dell'utilizzo del diritto penale per la repressione dei discorsi d'odio..... | 72 |
| 2.1. Argomenti a favore della previsione di sanzioni penali..... | 72 |
| 3. I beni giuridici tutelati dalla norma: ordine pubblico, eguaglianza, dignità umana..... | 80 |
| 3.1. Le problematiche interpretative connesse all'aggravante del negazionismo in ordine all'individuazione del bene giuridico tutelato..... | 89 |
| 4. La ricostruzione della fattispecie come reato di pericolo concreto..... | 95 |
| 5. Argomenti contrari alla previsione di sanzioni penali..... | 105 |
| 5.1. Il contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero: dottrina e giurisprudenza a confronto..... | 110 |
| 6. Il c.d. "caso Tosi": la "chiave costituzionale" in materia di discorsi d'odio..... | 120 |
| 7. Cenni alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo..... | 126 |
| 8. Ulteriori censure per l'aggravante di negazionismo: limitazione della libertà di ricerca storica e violazione del principio di laicità del diritto penale..... | 136 |
| 9. Ragionevolezza, determinatezza, materialità ed offensività come criteri di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione di bilanciamento..... | 143 |
| 10. La risposta sanzionatoria..... | 153 |

CAPITOLO IV – LA RESPONSABILITÀ DELL’INTERNET SERVICE PROVIDER

| | |
|---|-----|
| 1. L’attuale quadro legislativo..... | 161 |
| 2. I paradigmi di responsabilizzazione nel formante dottrinale..... | 164 |
| 2.1. I dubbi interpretativi inerenti al requisito dell’“effettiva conoscenza”..... | 169 |
| 2.1.1. Il Codice di Condotta sull’ <i>hate speech online</i> | 171 |
| 2.1.2. Il <i>NetzDG</i> tedesco..... | 178 |
| 2.1.3. La <i>Loi Avia</i> francese..... | 184 |
| 2.1.4. La proposta del <i>Digital Services Act</i> | 189 |
| 3. I paradigmi di responsabilizzazione nel formante giurisprudenziale..... | 191 |
| 3.1. <i>Segue</i> : la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo..... | 195 |
| 3.2. <i>Segue</i> : la giurisprudenza italiana. Il caso <i>Google v. Vividown</i> : un <i>leading case</i> in materia di responsabilità dell’ISP..... | 201 |
| 3.2.1. <i>Segue</i> : un <i>revirement</i> della Corte di Cassazione? La sentenza 27 Dicembre 2016 n. 54946..... | 203 |
| 3.2.2. <i>Segue</i> : l’inapplicabilità delle disposizioni sull’editoria..... | 207 |
| 3.2.3. <i>Segue</i> : <i>Casa Pound</i> e <i>Forza Nuova v. Facebook</i> | 208 |
| 4. Considerazioni conclusive | 215 |

CAPITOLO V - LE PIÙ RECENTI PROPOSTE DI MODIFICA DELL’ART. 604-BIS C.P. E IL DIBATTITO CIRCA L’APPROVAZIONE DEL C.D. DISEGNO DI LEGGE ZAN

| | |
|--|-----|
| 1. Il D.D.L. Zan e le precedenti proposte di modifica..... | 219 |
| 2. L’orientamento sessuale, il genere e l’identità di genere alla prova della storia e del diritto penale..... | 224 |
| 3. Le critiche di rilevanza penalistica mosse al D.D.L. Zan..... | 238 |
| 3.1. La violazione del principio di determinatezza..... | 239 |

| | |
|---|------------|
| 3.2. La lesione della libertà di espressione: tra toni capziosi del dibattito parlamentare e proposte costruttive di modifica del disegno di legge..... | 246 |
| 3.3. La lesione del principio di eguaglianza e di laicità del diritto penale..... | 251 |
| 3.4. Il profilo sanzionatorio..... | 254 |
| 4. Ulteriori considerazioni non strettamente penalistiche: l'approccio integrato del disegno di legge Zan..... | 255 |
| | |
| CONCLUSIONI..... | 261 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 267 |

INTRODUZIONE

Il tema dei discorsi d'odio e del ruolo che il diritto penale può ricoprire in vista del loro contrasto ruota attorno a due poli concettuali che legano il fenomeno giuridico alle conoscenze filosofiche e sociologiche: cosa contraddistingue la persona umana? In cosa consiste e quali sono i confini della sua libertà?

Sono queste due domande senza tempo, che impegnano studiosi provenienti da percorsi culturali differenti e da cui discendono conseguenze immani per l'intero consesso civile, nonché per il diritto penale.

Per quanto concerne il primo interrogativo, tra le molteplici definizioni (o tentativi di definizione) che nei secoli sono state elaborate, spicca quella formulata da Immanuel Kant che, nella *Fondazione della metafisica dei costumi*, afferma: «l'uomo, e ogni essere razionale in genere, esiste come scopo in sé stesso, e non solo come mezzo perché sia usato da questa o quella volontà; in tutte le sue azioni, dirette sia verso sé stesso sia verso altri esseri razionali, esso dev'essere sempre considerato, al tempo stesso anche come fine [...]. Gli esseri razionali sono chiamati "persone" perché la loro natura li designa, già essa, come fini in sé, cioè come qualcosa che non può venire adoperato esclusivamente come mezzo: e, pertanto, tale natura pone un limite all'arbitrio (ed è oggetto di rispetto)»¹.

In tempi più recenti, ma in modo non dissimile, si è ribadito che «il principio politico del rispetto afferma che gli appartenenti alla comunità politica devono essere considerati e trattati da pari perché condividono la condizione – morale – di essere persone, degne in quanto tali di essere rispettate. Da questa prima definizione generale risulta che il principio del rispetto comporta l'eguaglianza; è insomma il principio dell'eguale rispetto, poiché la condizione di persona è ugualmente condivisa da tutti gli esseri umani»².

A questa concezione della persona come individuo dotato di pari dignità rispetto al prossimo, se ne affianca un'altra data dall'idea che l'essere umano sia naturalmente atto a vivere in una società razionalmente organizzata.

¹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1988, 124.

² A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010, 1.

È proprio in questo passaggio da soggetto irrelato a membro di una comunità che quella presupposta titolarità di pari dignità rischia di entrare in conflitto con una concezione distorta della libertà. Non è un caso che sia stato autorevolmente puntualizzato come «il termine “libertà” è uno di quelli più largamente usati, ma con un uso che può anche dare luogo alla maggiore confusione d’idee», aggiungendo subito di seguito che «l’accezione più popolare e più comune del termine è la contrapposizione a coartazione: come l’animale libero si contrappone a quello in gabbia, così per l’uomo si parla di libertà come della possibilità di fare quel che voglia, di seguire i propri impulsi»³. Ecco che, laddove si dovesse propendere per questa accezione, l’intera società civile verrebbe ridotta ad una massa di individui che, ritenendosi titolari di una libertà incondizionata e a priori non limitabile, agiscono ciascuno nel proprio esclusivo interesse, incuranti delle conseguenze che dalle proprie azioni possono discendere in capo al prossimo e alla comunità di appartenenza globalmente intesa. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, addirittura quell’eguale rispetto che si dovrebbe dimostrare verso l’“altro” da noi, in quanto esso stesso persona umana, viene percepito come intollerabile vincolo.

Uscendo, tuttavia, dalle logiche comuni e calando il concetto di libertà nel mondo giuridico si può notare come «scrittori, religiosi e filosofi concepiscono la libertà come un attributo superiore dell’uomo, che non può essere disgiunto dalla ragione. La libertà dell’uomo non ha nulla a vedere con quella dell’animale, che abbia possibilità di scorrazzare e di predare»⁴.

Più puntualmente, all’esercizio di ogni libertà non può che corrispondere l’assunzione di responsabilità. A tal proposito, la Prima Sottocommissione, formatasi in seno all’Assemblea Costituente, aveva approvato un articolo proposto dall’Onorevole La Pira che avrebbe dovuto fungere da preambolo del catalogo dei diritti di libertà, secondo cui “l’autonomia dell’uomo e le singole libertà in cui essa si concreta [...] debbono essere esercitate per l’affermazione ed il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità”⁵.

Sebbene, poi, questo articolo non sia stato trasfuso nel dettato costituzionale, esso conserva la sua attualità se vi si trae quale logica conseguenza che, se la libertà consiste

³ A.C. JEMOLO, *Libertà (aspetti giuridici)*, in Enciclopedia del diritto, XXIV, Milano, 1974, 268.

⁴ *Ibidem*.

⁵ C. PINELLI, *Libertà e responsabilità*, in Rivista AIC, 2010, 2.

nel fare ciò che dettano regole corrispondenti a razionalità e ragione, la medesima non può che essere intrisa di ponderazione tra interessi diversi⁶.

Alla luce di queste premesse, l'analisi del rapporto intercorrente tra il principio di eguaglianza sostanziale e la libertà di manifestazione del pensiero, attraverso la lente della diffusione dei discorsi d'odio quale fenomeno in continua espansione nel mondo odierno, rappresenta il filo rosso che percorre il presente lavoro.

Posto che, poi, soprattutto a seguito dello scoppio della pandemia di Covid-19, la dimensione della realtà virtuale ha assunto assoluta preponderanza per lo svolgimento della vita quotidiana dei singoli, tanto da aver portato al conio del neologismo “*onlife*”⁷, particolare attenzione è dedicata al ruolo ricoperto dall'uso di Internet nella ricostruzione di predetto rapporto. L'idea di fondo è che, sebbene la rete offra sicuramente possibilità inedite per incrementare la diffusione dell'*hate speech*, essa non sia la causa del suo aggravamento. Prova di quanto si sostiene viene direttamente dalla storia: al di là del classico esempio rappresentato dagli strumenti utilizzati dai regimi totalitari del secolo scorso per condurre la propria attività di propaganda, in tempi più recenti, nel processo instaurato a seguito del genocidio dell'etnia tutsi in Rwanda, è stato per la prima volta ricostruito in sede giuridica il ruolo dei media nella veicolazione e strumentalizzazione di idee estremiste, equiparando, per l'entità delle pene comminate, le responsabilità degli imputati a quelle degli organizzatori materiali del genocidio⁸. Nel caso di specie le costruzioni ideologiche degli estremisti dell'*hutu Power* che portarono al massacro non furono veicolate attraverso la rete, bensì tramite i più tradizionali strumenti della radio e dei giornali, ottenendo, tuttavia, un identico effetto deflagrante.

Piuttosto, Internet rappresenta il mezzo con cui amplificare la portata di un fenomeno che affonda le sue radici nel nostro modo di vivere e di concepire il “diverso”.

⁶ V. G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Milano, 2015, 173.

⁷ Il neologismo è stato coniato dal Professor Luciano Floridi che ha coniato il termine per rispondere alla domanda del che cosa significhi essere umani nell'era digitale.

⁸ V. International Criminal Tribunal for Rwanda, 3 Dicembre 2003, ICTR-99-52-T, 39 ss. I media ruandesi coinvolti nella vicenda giudiziaria furono tre: *Kangura* denominato “i mercenari della penna”, *Creation and Party Leadership* (CDR) e *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTL). Ogni giornale e radio si contraddistingueva per un uso strategico della propaganda: *Kangura*, ad esempio, accompagnava i propri articoli con vignette illustrative per consentire una comprensione immediata dei testi scritti e per riuscire a coinvolgere anche chi non sapeva leggere; RTL, invece, lanciava messaggi basati su tematiche ricorrenti: l'uso dei simboli della religione cristiana per affermare che Dio avrebbe aiutato i “veri ruandesi”, la divisione della società in un “noi” (gli hutu) e “loro” (i tutsi), la demonizzazione del nemico, la falsificazione della storia, gli appelli allo sterminio ecc. Sul genocidio in Rwanda e il ruolo dei media v. F. NDEMESAH FAUSTA, *La radio e il machete. Il ruolo dei media nel genocidio in Rwanda*, Modena, 2009.

La rete, dunque, costituisce semplicemente il palcoscenico per la rappresentazione, certamente con un livello di visibilità inedita, di quei pregiudizi e delle profonde divisioni presenti all'interno della società di cui i discorsi d'odio si alimentano, in un processo di generale annichilimento del concetto di democrazia e di dissoluzione del patto sociale posto a fondamento della convivenza civile.

CAPITOLO PRIMO

CRIMINI E DISCORSI D'ODIO: UNA PANORAMICA GENERALE

1. Definizione e specificità dei crimini d'odio

Aspetto preliminare ed imprescindibile al complessivo approfondimento afferente alla rilevanza penale dei discorsi d'odio è l'individuazione di quale sia la corretta definizione da dare alla nozione in questione e, prima ancora, di quella di crimine d'odio, sussistendo tra i due concetti un rapporto di *genus a species*. Le caratteristiche proprie della fattispecie oggetto del presente studio non sarebbero, infatti, comprensibili se venisse omesso un inquadramento introduttivo della categoria più generale di appartenenza, rispetto alla quale quella dei discorsi d'odio presenta, chiaramente, punti di contatto (o, meglio, di inevitabili vere e proprie sovrapposizioni), ma anche profili di rilevante differenza. Le conseguenze di questa omissione si concreterebbero non solo nel mancato apprezzamento delle difformità esistenti tra fattispecie contigue, ma anche nel rischio di adozione di soluzioni *tranchant* da parte del legislatore che volesse intervenire ricorrendo allo strumento del diritto penale.

Ciò che deve essere fin da subito evidenziato è, in ogni caso, l'assenza di un indirizzo univoco nel dibattito dottrinale relativo agli esatti confini dei termini *hate crime* ed *hate speech*, secondo la dicitura anglosassone, e, soprattutto, la mancanza, al momento attuale, di una definizione generale di carattere normativo a livello nazionale. Inutile precisare che queste difficoltà definitorie si riflettano, poi, nella complessa ricostruzione degli esatti confini delle condotte penalmente rilevanti descritte agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. che nel nostro ordinamento rappresentano le norme di riferimento allorquando si approfondisca il tema dei discorsi d'odio.

Prendendo le mosse dalla definizione di crimine d'odio, il più importante contributo a livello sovranazionale è rappresentato dalla guida elaborata dall'Organizzazione per la

Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE)¹, volta a fornire agli Stati dei parametri di riferimento per l'elaborazione di adeguati corpi normativi di contrasto alla commissione di queste condotte attraverso un documento semplice, chiaro ed accessibile². A tal fine, l'OSCE prevede che i crimini d'odio debbano essere intesi come atti criminali (*criminal offence*) messi in atto per un motivo di pregiudizio (*bias motive*). Il tipo di motivo per cui la condotta è posta in essere si pone al centro della materia in quanto fattore idoneo a distinguere un "comune" atto di intimidazione, aggressione, violazione della proprietà privata, omicidio, o una qualunque altra condotta penalmente rilevante, da un crimine d'odio³.

Alla luce di questa prima ed approssimativa circoscrizione del concetto in esame, è evidente che la commissione di un crimine d'odio potrà essere riscontrata al ricorrere di due presupposti: innanzitutto, è necessario che la condotta materiale sia suscettibile in una disposizione generale ed astratta in base alla quale quella condotta, nell'ordinamento giuridico di riferimento, costituisca un'ipotesi di reato. Inevitabilmente nel confronto tra i diversi ordinamenti potrà accadere che una determinata condotta sia considerata illecita in uno o alcuni di essi, ma non nella loro totalità, sebbene si riscontri come, in generale, sul punto, gli apparati normativi tendano ad essere omogenei (ad esempio, non vi è ordinamento che non punisca l'omicidio, le lesioni, le minacce ecc.).

In secondo luogo, la condotta, oltre che penalmente rilevante, deve anche essere sorretta da un particolare motivo che la guida in esame definisce "di pregiudizio" (*bias*

¹ Per comprendere il peso e il ruolo di questa organizzazione occorre tenere presente che la stessa venne creata all'inizio degli anni '70 con il nome di Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa (CSCE) con lo scopo di guidare i processi di dialogo e i negoziati tra Stati nel corso della Guerra Fredda. La Conferenza iniziò ad assumere una struttura più stabile a partire dagli anni '90 quando venne chiamata a gestire il cambiamento storico e culturale in atto in Europa dopo la caduta del Muro di Berlino e, in quell'occasione, fu modificato il nome in quello attuale. Da sempre, quindi, l'Organizzazione, pur perseguendo una pluralità di scopi diversi, si occupa del rafforzamento delle istituzioni democratiche e del rispetto dei diritti umani attraverso la promozione di politiche di tolleranza e non discriminazione. Cfr. con il sito dell'Organizzazione www.osce.org.

² OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Varsavia, 2009, 12.

³ Tale definizione generale costituisce un punto di riferimento imprescindibile per tutti gli approfondimenti che si occupano di questa materia. Essa è, pertanto, richiamata in una pluralità di contributi differenti; V. a titolo di esempio S. CHIRICO, L. GORI, I. ESPOSITO, *Quando l'odio diventa reato. Caratteristiche e normativa di contrasto degli hate crimes*, 2020, 4, in www.interno.gov.it, nonché nella letteratura straniera J. GARLAND, N. CHAKRABORTI, *Divided by a common concept? Assessing the implications of different conceptualizations of hate crime in the European Union*, in *European Journal of Criminology*, 2012, 39. Secondo l'FBI: «*Hate crimes are not separate, distinct crime, but rather traditional offence motivated by the offender's bias*», in M. B. KOVERA, *Implications of Automatic and Controlled Processes in Stereotyping for Hate Crime Perpetration and Litigation*, in AA.VV., *Social Consciousness in Legal Decision Making. Psychological Perspectives*, New York, 2007, 228.

motive): ciò significa che il soggetto agente perpetra l'azione criminosa ai danni di una o più persone in ragione di un sentimento di ostilità determinato dal fatto che queste condividano una cosiddetta caratteristica protetta, come la razza, la lingua, la religione, l'etnia o la nazionalità di appartenenza. La corretta individuazione dei tratti e delle qualità protetti rappresenta l'ulteriore polo di indagine e di discussione sia nel contesto dottrinale che in quello legislativo.

1.1. I tratti e le qualità protetti e le problematiche connesse all'orientamento sessuale

Come appena detto, l'individuazione di quali siano le i tratti e le qualità protetti dalle quali scaturirebbe il motivo di pregiudizio costituisce il principale problema nella circoscrizione della nozione di crimine d'odio (e anche di discorso d'odio), nonché, in un momento successivo, nell'eventuale elaborazione di fattispecie che sanzionino queste condotte.

Più precisamente, i rischi che nel contesto penalistico si appalesano sono due: il primo concerne la possibilità che, attraverso l'utilizzo di espressioni eccessivamente ampie, venga violato il principio di determinatezza, quale corollario del principio di legalità. Richiamando brevemente in cosa si traduca questo concetto chiave, in dottrina si evidenzia che le garanzie riconosciute a favore dei cittadini attraverso l'enucleazione di precetti penali all'interno di leggi parlamentari sarebbero totalmente vanificate se queste ultime non fossero accompagnate da modalità espressive tali da assicurare la massima puntualità, univocità e chiarezza della disposizione. È solo se il cittadino ha modo di conoscere preventivamente quali siano le condotte vietate (e, per quanto concerne il profilo ora considerato, contro chi lo siano) che questo potrà orientare le proprie azioni al fine di evitare la commissione di reati. In più, un dettato normativo equivoco od oscuro non consentirebbe neppure di accertare al di là di ogni ragionevole dubbio la sussistenza di colpevolezza in capo al soggetto agente e di assicurare il rispetto

del diritto di difesa, garantito solo da una accusa basata su un fatto di reato dai contorni definiti⁴.

Il secondo rischio, per certi versi opposto al primo, è quello di elaborare disposizioni normative che, sorrette dall'intento di punire condotte discriminatorie lesive del principio di uguaglianza⁵, diventino esse stesse fonte di discriminazione attraverso la negazione di tutela a situazioni identiche a quelle descritte dalla fonte normativa, oppure, secondo un'altra prospettiva, riconoscendola a vicende eterogenee⁶.

Di queste problematiche risulta consapevole anche l'OSCE, che dedica un apposito capitolo della propria guida al tema⁷: l'Organizzazione, infatti, evidenzia come ogni Stato individui tratti e qualità protetti che spesso sono differenti da quelli di altri ordinamenti, potendo, tuttavia, rinvenire delle costanti legate a due fattori principali. Tali fattori, dunque, assurgono sia a parametro con cui valutare la ragionevolezza delle disposizioni già esistenti, che sanzionano la commissione di atti riconducibili a crimini d'odio, sia a riferimento per il legislatore che voglia estendere le tutele ad altre categorie di soggetti.

In base al primo criterio commetterebbe un crimine d'odio chiunque mettesse in atto una condotta sanzionata penalmente per il solo fatto che il soggetto passivo possieda una caratteristica immutabile associata all'identità di un gruppo oppure una qualità fondamentale cui è connessa l'identità dell'individuo (cosiddette *fundamental characteristics*). Tipici esempi del primo tipo sono rappresentati dalla razza, dall'appartenenza etnica o dalla nazionalità⁸; esempio riconducibile al secondo è il credo religioso, comunemente inteso come elemento distintivo di un soggetto che non si

⁴ G. COCCO, E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 1 – La legge penale*, Milano, 2019, 85.

⁵ V. *infra* cap. III par. 2.2. dove si vedrà come, anche alla luce dell'attuale collocazione nel codice penale dell'art. 604-bis, debba intendersi questo il bene giuridico protetto.

⁶ È questa una delle ragioni che vengono addotte per ritenere controproducente l'introduzione di *hate crime* e *hate speech laws*. Per un'analisi più approfondita v. cap. III, par. 2.4.

⁷ OSCE, *op. cit.*, 37-46.

⁸ L'OSCE evidenzia come questi concetti siano spesso utilizzati come sinonimi, potendo, comunque, rinvenire delle differenze: il termine "razza" indicherebbe un costrutto sociale completamente privo di fondamento scientifico, come stabilito dall'UNESCO fin dal 1950. Più precisamente il concetto di razza pura come popolazione avente caratteristiche genetiche omogenee non esiste nella specie umana e non vi sono prove che sia mai esistito neppure nel passato. In ogni caso, dato il frequente utilizzo del termine razzismo, anche il concetto di razza compare negli apparati normativi. Un gruppo etnico sarebbe, invece, una collettività all'interno di una popolazione più ampia che condivida la stessa ascendenza reale o putativa, memorie e storia e un focus culturale su uno o più elementi simbolici che definiscono l'identità del gruppo. Da ultimo la nazionalità è il legame sussistente tra una persona e uno Stato indipendentemente dall'origine etnica. Cfr. OSCE, *op. cit.*, 41 ss.

dovrebbe essere costretti ad abbandonare o nascondere. Di converso non rappresenterebbero tratti e qualità protetti quelli non associati ad elementi identitari.

Quello della immutabilità della caratteristica protetta è uno degli elementi attorno ai quali ruota un acceso dibattito circa l'opportunità di estendere le tutele riconosciute legislativamente in questo campo anche all'orientamento sessuale: ciò che si intende dire è che, secondo alcuni, l'identificazione con uno o un altro orientamento sarebbe frutto di una libera scelta modificabile in qualunque momento⁹. Sui presupposti del cosiddetto volontarismo riferito all'omosessualità si è detto in modo estremamente chiaro: «con uno sforzo più o meno intenso, l'omosessuale può cambiare, cioè diventare (o meglio, ritornare, in una logica tutta cristiana di redenzione) eterosessuale. Così, giuridicamente parlando, le persone omosessuali che vogliono accedere a determinate forme di tutela avrebbero la facoltà – qualcuno direbbe il dovere – di rinunciare al proprio “lato” omosessuale. [...] Qualora, al contrario, decidano di rendere nota la propria omosessualità, [...] si tratterebbe di una scelta sbagliata, e in quanto tale bisogna essere pronti a pagarne lo scotto»¹⁰.

Al di là dell'assenza di conferme sul piano scientifico di una simile tesi, nonché dell'intrinseca pericolosità ad essa connessa, in quanto presupposto per la legittimazione delle inutili e dannose “terapie di conversione”¹¹, l'obiezione più forte è che attualmente, anche nella legislazione italiana, tra le categorie protette vi è, tra le altre, l'identificazione con un credo religioso che, seppur non sempre frutto di libera scelta, non è certamente immutabile.

Tramite l'analisi che verrà compiuta nel prosieguo del lavoro delle principali critiche che vengono mosse al cosiddetto disegno di legge Zan (A.C. n. 569 e A.S. n. 2005) emergerà come, più frequentemente, le ragioni sottostanti alla negazione di tutela contro i crimini d'odio commessi in ragione dell'orientamento sessuale siano legate principalmente al timore di veder riconosciuti alla comunità *LGBT* diritti (qui si dovrebbe

⁹ Determinanti sul punto i resoconti stenografici delle sedute del Senato relativi alla discussione circa l'approvazione del disegno di legge sulle misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità (brevemente noto con il nome di disegno di legge Zan) in cui l'obiezione citata viene sollevata in più occasioni.

¹⁰ M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, 35.

¹¹ L. GOISIS, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *Genius*, 2015, 44.

meglio parlare di profili di tutela) che, secondo chi sostiene queste teorie, potrebbero minare le fondamenta sociali e culturali dell'ordinamento¹².

Successivamente l'OSCE individua come ulteriore criterio da considerare quello del contesto sociale e storico: rappresenterebbero, di conseguenza, tratti e qualità protetti quelli che sono connessi a discriminazioni tanto radicate in un determinato ordinamento da attraversare la storia e continuare ad appalesarsi ai giorni nostri. Anche questo secondo profilo risulta, evidentemente, rispettato se si prendono in considerazione le “tradizionali” caratteristiche dell'appartenenza razziale, etnica e religiosa, ma lo è, del pari, per l'orientamento sessuale e il genere, sebbene, come anticipato, il dibattito sul punto sia ancora aperto¹³. Di converso, per riportare sempre un esempio tratto dal dibattito attuale, è certo che l'eterosessualità non possa costituire una caratteristica protetta posto che né dal punto di vista storico né attualmente questo è un aspetto della personalità dell'individuo cui è associato un sentimento di pregiudizio¹⁴.

1.2. Il carattere simbolico dei crimini d'odio

Tornando alla definizione generale di crimini d'odio, vi sono delle ulteriori peculiarità che consentono di circoscrivere la natura di questo tipo di condotte e che le

¹² Il motto ricordato nel dibattito statunitense sul tema è il seguente: “*Today hate crimes, tomorrow same-sex marriage*”, così in L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, 40. Si tratta, peraltro, di un concetto posto alla base, sebbene non in termini espliciti, anche delle due questioni pregiudiziali sollevate contro il medesimo disegno di legge citato e successivamente respinte. Tramite l'analisi dei testi, si può, infatti, notare come siano continui i riferimenti al ruolo centrale delle organizzazioni che sostengano i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e che portino avanti tesi contrarie alle adozioni di minori da parte di genitori omosessuali o della maternità surrogata, nonché alle “rivendicazioni di un insegnamento religioso sull'importanza di un matrimonio fertile”. Cfr. soprattutto *Questione pregiudiziale n. 1 al DDL n. 2005*, in www.senato.it. Per un'analisi più approfondita del tema si rinvia al cap. V, par. 3.2.

¹³ Per le maggiori critiche rivolte contro l'inserimento del genere tra le caratteristiche protette si veda *infra* par. 1.3.2.

¹⁴ Sia consentito ancora una volta il rinvio ai resoconti stenografici delle sedute del Senato in merito all'approvazione del disegno di legge Zan, dove si può cogliere come l'inclusione dell'omosessualità tra le caratteristiche protette venga da alcune parti percepita come una forma di discriminazione nei confronti delle persone eterosessuali. In letteratura, per sottolineare l'infondatezza di queste posizioni si ricorre ad un esempio volutamente paradossale, evidenziando che così ragionando si potrebbe arrivare ad includere tra le caratteristiche protette anche il colore degli occhi, v. F. M. LAWRENCE, *Punishing hate: bias crimes under American Law*, Cambridge, 1999, 11.

differenziano da azioni identiche, ma non sorrette dal medesimo motivo. L'OSCE evidenzia come ciò che connota i crimini d'odio sia, altresì, il fatto che la vittima sia selezionata non per chi è, bensì per quello che rappresenta, cosicché la condotta assume un intrinseco valore di tipo simbolico¹⁵. Chi commette un crimine d'odio, cioè, vuole lanciare il messaggio a tutti coloro che condividono quella data caratteristica che essi non sono i benvenuti, che sono "altro", negando, di conseguenza, il riconoscimento della loro uguaglianza, del diritto ad una piena partecipazione alla vita sociale oppure, ancor peggio, negando il loro diritto di esistere *tout court*. In dottrina è stato affermato: «la violenza di cui parliamo non riguarda semplicemente le conseguenze dannose connesse all'azione di un singolo. Piuttosto, essa è un'inevitabile emersione di una società improntata su una rigida struttura gerarchica. È un atto di rafforzamento collettivo che si fonda profondamente sulle vicende storiche e la persistenza di rapporti di vantaggio e svantaggio»¹⁶.

E ancora: «le manifestazioni di odio sono intrinsecamente connesse a dinamiche di predominanza che rinforzano la posizione di supremazia del più forte e che marginalizzano l'"altro". Se visti attraverso questa lente, i crimini d'odio sono l'espressione della percepita superiorità del soggetto agente e, al tempo stesso, rimettono la vittima "al suo posto" attraverso la diffusione del messaggio nei riguardi del resto della collettività che questa è "diversa" e che non appartiene al luogo e alla società in cui si trova»¹⁷.

Questo aspetto, che, del resto, identifica il cuore della nozione di crimine d'odio, consente di compiere due precisazioni: *in primis*, non potranno sicuramente essere considerati crimini d'odio quei reati in cui le caratteristiche della vittima sono irrilevanti, come accade, ad esempio, nel furto o nella rapina, a meno che, ovviamente, non emergano prove che inducano a ritenere il contrario.

Secondariamente, non tutti i crimini che hanno come movente l'odio possono essere qualificati come crimini d'odio; per comprendere ciò si può ricorrere ad un esempio molto semplice: si pensi alla lesione arrecata ad un lavoratore da parte di un collega a causa dei

¹⁵ OSCE, *op. cit.*, 17. Il valore simbolico dei crimini d'odio è alla base di uno degli argomenti a favore della predisposizione di *hate crime* e *hate speech laws*. Sul punto, in chiave critica, v. cap. III, par. 2.1.

¹⁶ B. PERRY, *A Crime by Any Other Name: The Semantics of "Hate"*, in *Journal of Hate Studies*, 2006, 135.

¹⁷ N. CHAKRABORTI, J. GARLAND, *Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and "difference"*, in *Theoretical Criminology*, 2012, 502-503.

continui elogi ricevuti dal primo da parte dei superiori gerarchici e di una sua imminente promozione, nonostante prestasse la propria attività lavorativa da molto meno tempo rispetto al secondo. Si pensi, poi, alla medesima condotta, ma messa in atto per il solo fatto che il lavoratore offeso fosse straniero e il soggetto agente avesse manifestato agli altri dipendenti il proprio sdegno per il fatto di essere costretto a collaborare con una persona di diversa etnia.

È chiaro, come anticipato, che entrambe le condotte brevemente esemplificate sono sorrette da un sentimento di odio, ma solo nel secondo caso, alla luce di quanto sin qui descritto, si potrebbe parlare correttamente di crimine d'odio. Infatti esclusivamente in questa ipotesi la condotta penalmente rilevante è posta in essere in ragione della sussistenza in capo alla persona offesa di una caratteristica protetta (l'appartenenza etnica) e dal mancato riconoscimento, solo per tale motivo, del diritto di questa a lavorare in condizioni di parità.

Gli esempi appena riportati sono utili per compiere due ulteriori osservazioni.

1.2.1. Il termine odio come “palude concettuale”

Alla luce di quanto fin qui esposto, al di là della difficoltà nel ricostruire le esatte caratteristiche della nozione generale di crimine d'odio, un ulteriore aspetto problematico è dato proprio dal fatto che l'utilizzo dello stesso termine “odio” possa essere foriero di fraintendimenti, qualificando come *hate crimes* condotte che, in realtà, non lo sono. La dottrina evidenzia, infatti, che questo sostantivo non solo è utilizzato in una molteplicità di contesti differenti, ma non trova neppure una definizione univoca in ambito legislativo, psicologico, criminologico ecc., tanto che porsi l'obiettivo di tracciarne i confini in modo netto significherebbe cadere in una palude concettuale (*conceptual swamp*)¹⁸. In più, si sottolinea come l'utilizzo del termine odio porti con sé il rischio di sovrapporlo con quello di antipatia, astio o altri sentimenti negativi, avendo ciò come conseguenza il negare che

¹⁸ J. SCWEPPE, *What is a hate crime?*, in *Cogent Social Sciences*, 2021, 3.

in un contesto di pure emozioni, per quanto biasimevoli, si possa intervenire con lo strumento del diritto penale¹⁹.

Due ricostruzioni fornite dalle scienze psicologiche e sociologiche rappresentano un'utile esemplificazione di quanto sia concreto tale problema: in psicologia l'odio è considerato un disturbo dell'affettività caratterizzato dal forte e persistente desiderio di far del male a qualcuno o qualcosa e come un'emozione ostile che nasce dal bisogno di detestare, esplicandosi in comportamenti di rifiuto, avversione, fastidio, intolleranza e vendetta²⁰. Secondo questa lettura le componenti dell'odio sarebbero tre: la negazione dell'intimità, che si traduce nel tentativo di tenere a distanza il prossimo, visto come un soggetto inferiore; la passione, che darebbe origine a manifestazioni di rabbia e/o paura; infine, l'impegno, all'origine del disprezzo e disgusto per chi viene concepito come essere abominevole e repellente. La combinazione di questi tre elementi darebbe, poi, origine a quattro tipi di odio differenti: l'odio bollente, come manifestazione di sentimenti di disgusto e aggressività; l'odio sobbollente, frutto di disgusto e disprezzo; l'odio infuocato, caratterizzato da rabbia e disprezzo; l'odio bruciante, come insieme di disgusto, rabbia e disprezzo²¹.

In sociologia, invece, l'odio viene inteso come un processo sociale basato su tre elementi: un sistema di valori incardinato su sentimenti di intolleranza verso chi è ritenuto estraneo a quella data realtà sociale; un gruppo in cui questo sistema di valori si possa radicare e, infine, la legittimazione da parte della comunità considerata dell'esistenza e diffusione del sistema di valori condiviso²².

È per l'impossibilità di dare una definizione univoca di odio e di rinvenire delle radici condivise del medesimo che in dottrina si suggerisce di sostituire il sostantivo odio con quello di pregiudizio, con l'avvertenza che il termine andrebbe riferito non a qualunque forma di antipatia manifestata nei confronti di un soggetto, bensì ad un

¹⁹ Sarebbe questo il presupposto del famoso titolo dell'opera di James B. Jacobs "*Should hate be a crime?*" pubblicata nel 1993. Altri affermano: «Non è sufficiente che le persone siano punite per quello che commettono anziché per i motivi che sorreggono le azioni? Qual è il vantaggio nel punire persone per il fatto che abbiano pensieri "sbagliati"?», in B. PERRY, *op. cit.*, 123.

²⁰ K. BAGNATO, *Online hate speech: responsabilità pedagogico-educative*, in Annali online della Didattica e della Formazione Docente, 2020, 196.

²¹ R. R. STERNBERG (a cura di), *Psicologia dell'odio. Conoscerlo per superarlo*, Trento, 2007, 45 ss.

²² B. PERRY, *The sociology of hate: Theoretical approaches*, in AA.VV., *Hate Crimes. Understanding and Defining Hate Crime*, Westport, 2009, 55-76.

sentimento di avversione diffuso anche nel contesto sociale di appartenenza²³. Contraria a questa proposta è l'OSCE che sottolinea come il termine pregiudizio abbia un significato ancora più ampio di quello di odio, ben potendo esso manifestarsi non solo contro il tratto identificativo di una persona, ma anche contro un'idea, un'abitudine ecc.²⁴.

Da ultimo, vi è anche chi ritiene che si possa parlare indifferentemente di *hate crime* e di *bias crime*, vedendo i due termini come sinonimi²⁵.

1.2.2. L'interscambiabilità della vittima come conseguenza del valore simbolico dei crimini d'odio. Le problematiche connesse alla violenza di genere

La seconda considerazione è legata al fatto che, siccome, come detto, la vittima viene selezionata in base a ciò che rappresenta e non alla sua identità, questo suggerirebbe che si possa qualificare come crimine d'odio solo la condotta perpetrata ai danni di un soggetto interscambiabile. Cioè a dire che l'identità della vittima è del tutto irrilevante. Tale considerazione è alla base della principale critica che viene mossa all'inserimento del genere tra i tratti e qualità protetti che possono portare alla commissione di un crimine d'odio, posto che, di norma, le ipotesi più frequenti di violenza di genere vedono coinvolte persone ben note, quali *partner* o *ex partner*²⁶.

Le obiezioni che si possono muovere a questa conclusione sono due: in primo luogo si ritiene che chi sostiene tale tesi confonda l'interscambiabilità della vittima con l'assenza di legami di conoscenza con l'autore del reato.

²³ F. M. LAWRENCE, *op. cit.*, 9. Nella medesima direzione J. SCWEPPE, *op. cit.*, 3. Tra le più famose definizioni di pregiudizio vi è quella data da Gordon Allport secondo il quale il pregiudizio consisterebbe in un atteggiamento o sentimento di ostilità manifestato nei confronti di un soggetto per il solo fatto che questo appartenga ad un gruppo al quale sono attribuite qualità biasimevoli. Cfr. W. G. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, in C. STANGOR, *Stereotypes and Prejudice*, Philadelphia, 2000, 19.

²⁴ OSCE, *op. cit.*, 18. Dello stesso avviso anche B. PERRY, *A Crime by Another Name*, cit., 130, dove sono preferite le espressioni "*target violence*" e "*systemic violence*".

²⁵ N. CHAKRABORTI, J. GARLAND, *op. cit.*, 7; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 30.

²⁶ V. ISTAT, *La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia*, 2014, in www.istat.it, dove si afferma che il 62,7% degli stupri è commesso da un *partner* attuale o precedente e che il 51,4% delle donne separate o divorziate ha subito violenze fisiche o sessuali.

In secondo luogo, posto che il genere potrebbe rientrare nel gruppo dei tratti e qualità protetti alla luce del fatto che rispetta tutti i criteri di individuazione elaborati dall'OSCE (si tratta di una caratteristica immutabile, storicamente e attualmente fonte di discriminazione), è stato segnalato che anche in quelle condotte per cui sarebbe più difficile la qualificazione in termini di crimine d'odio, come la violenza domestica, si potrebbe, comunque, ravvisare un'interscambiabilità della vittima laddove dovesse emergere, come nella maggior parte dei casi accade, che il soggetto agente abbia sempre tenuto condotte violente anche in relazioni precedenti. In questa prospettiva l'interscambiabilità della vittima risiederebbe nel fatto che l'autore del reato avrebbe mantenuto la medesima condotta indipendentemente dalla persona con cui avesse instaurato la relazione e solo per il fatto che la persona offesa fosse donna. La vittima non verrebbe in rilievo, dunque, nella sua individualità bensì come un "oggetto" appartenente ad un gruppo rispetto al quale si deve affermare una particolare gerarchia sociale²⁷.

In tal senso depone anche la posizione assunta dall'*Anti-Defamation League*, organizzazione nata nel 1913 per rispondere all'imperante diffusione di un clima di odio e intolleranza nei confronti delle minoranze. Questa, a partire dal 1996, ha aggiunto il genere tra le caratteristiche ritenute meritevoli di particolare tutela contro i crimini d'odio, dopo essere giunta alla conclusione che «i crimini d'odio fondati sul genere non possono essere separati dalle altre forme di violenza riconducibili alla medesima categoria»²⁸. Si riportano anche le evocative parole di Perry, tra le maggiori fautrici dei cosiddetti *gender hate crimes*: «L'esclusione del genere dalla protezione contro i crimini d'odio copre la natura e la portata della violenza di genere perpetrata quotidianamente contro le donne. Rende invisibile e in qualche modo meno drammatica tale violenza [...]. Lasciando il genere fuori dall'equazione del crimine d'odio, i legislatori creano il mito che la violenza di genere sia una forma di violenza individuale e privatizzata, non paragonabile al danno pubblico e politico subito, ad esempio, dalle minoranze razziali o religiose [...]. Di conseguenza, il silenzio della legislazione sui crimini d'odio in relazione al genere rende il medesimo invisibile rispetto alla gravità di qualsiasi azione o minaccia progettata per

²⁷ L. GOISIS, *op. cit.*, 36.

²⁸ ANTI-DEFAMATION LEAGUE (ADL), *Hate Crime Laws, the ADL Approach*, 2012, 3, in www.adl.org.

intimidire, molestare, causare paura, o ricorrere alla forza contro una persona in ragione di sentimenti misogini di fondo»²⁹.

Del resto confondere l'interscambiabilità della vittima con la non conoscenza della medesima potrebbe portare a negare irragionevolmente la qualificazione di crimine d'odio per condotte che vi rientrano palesemente in quanto presenti tutti i requisiti prima elencati³⁰. In più, ci sono molti casi in cui effettivamente le vittime sono individuate casualmente, come avvenuto nel massacro di Montreal del 6 Dicembre 1989, noto anche con il nome di primo femminicidio di massa³¹, dove vennero trucidate quattordici donne per il solo fatto di essere tali³².

In ogni caso vi sono ulteriori ragioni per cui una parte della dottrina ritiene che il genere non possa rientrare tra i tratti e qualità protetti e tra queste ne emergono soprattutto due: il fatto che le condotte siano già sufficientemente punite attraverso l'applicazione delle fattispecie relative alla violenza sessuale e alla violenza domestica; il rischio che, a causa della frequenza di questi reati, la giustizia penale possa essere sopraffatta dai crimini d'odio (è il cosiddetto argomento del “*floodgates*”).

Questi rilievi soffrirebbero, tuttavia, di alcune criticità: per quanto attiene il primo profilo, non si comprende per quale ragione i crimini d'odio fondati sul genere debbano necessariamente essere ricondotti esclusivamente alle ipotesi di violenza sessuale e domestica, negando rilevanza a qualsiasi altra fattispecie, compresa quella dei discorsi

²⁹ B. PERRY, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, New York-London, 2001, 210.

³⁰ Negli studi criminologici è stato rilevato che molto frequentemente, in tutte le condotte riconducibili alla categoria dei discorsi d'odio, tra la persona offesa e l'autore dell'azione intercorrono rapporti di conoscenza più o meno stretta. Cfr. N. CHAKRABORTI, J. GARLAND, *Hate Crime. Impact, Causes and Responses*, Los Angeles-London, 2015, 107.

³¹ H. JOUAN, *Il y a trente ans à Montréal, le premier féminicide de masse*, 15 Novembre 2019, in www.lemonde.fr.

³² Per comprendere in che modo è stato stabilito che le vittime siano state scelte solo perché donne e, in generale, per cogliere come possa manifestarsi l'odio fondato sul genere, sia permesso riportare la lettera scritta dall'autore del massacro rinvenuta dopo il suo suicidio: «Dato che, scienza a parte, sono un retrogrado per natura, le femministe hanno sempre avuto un talento speciale nel farmi infuriare. Pretendono di mantenere i vantaggi che derivano dall'essere donne (come assicurazioni più economiche, o il diritto a una lunga maternità preceduta da una lunga aspettativa) mentre cercano di arraffare anche quelli degli uomini. Per esempio, è auto-evidente che se si eliminasse la distinzione maschile/femminile alle Olimpiadi, non ci sarebbero più donne, salvo che negli eventi decorativi. Perciò le femministe si guardano bene dal cercare di rimuovere quella barriera. Sono talmente opportuniste che non vogliono nemmeno trarre vantaggio dalla conoscenza accumulate dagli uomini attraverso i secoli. E cercano sempre di rappresentarli negativamente, ogni volta che ne hanno l'opportunità. Anche se i media mi attribuiranno la qualifica di 'Folle Omicida', io mi considero una persona razionale ed erudita, che solo la Morte ha costretto a intraprendere atti estremi».

d'odio. In più, l'esempio prima riportato sul massacro di Montreal è la prova di quanto questo argomento sia affetto da intrinseca debolezza³³.

Per quanto riguarda il secondo, l'ADL ha evidenziato che, dopo aver osservato gli ordinamenti in cui il genere è incluso tra i tratti e qualità protetti, l'effetto paventato non si è in concreto prodotto³⁴.

Come soluzione di compromesso in dottrina Levin e McDevitt hanno suggerito di considerare un reato perpetrato ai danni di una donna come un crimine d'odio solamente quando la vittima sia stata scelta casualmente, cosicché qualunque altro soggetto di sesso femminile avrebbe potuto essere colpito. Al momento questa idea non ha avuto corso, ma in ogni caso tale discussione, unita a quella sull'inclusione dell'orientamento sessuale, è emblematica di quanto la circoscrizione della categoria dei crimini d'odio risulti complessa³⁵.

1.3. Il motivo di pregiudizio e le ipotesi di concorso di motivi alla base della condotta

Un altro degli aspetti più cruciali nell'esatta circoscrizione del tema dei (crimini e) discorsi d'odio è rappresentato dalla necessità di fornire una prova al di là di ogni ragionevole dubbio del fatto che la condotta posta in essere sia riconducibile a questa categoria anche sulla base del motivo posto alla base della stessa. Ci sono casi in cui fornire tale prova risulta semplice o perché le modalità di messa in atto dell'azione sono univoche o perché gli autori del reato compiono delle dichiarazioni che rivelano il motivo sottostante. L'OSCE riporta a tal proposito due vicende: la deturpazione di alcune tombe di soggetti di religione islamica in un cimitero militare nel nord della Francia con graffiti contenenti insulti contro l'Islam e la collocazione di una testa di maiale su una delle lapidi, e l'aggressione ai danni di una bambina russa di origini africane a seguito della

³³ P. B. GERSTENFELD, *Hate Crimes: Causes, Controls and Controversies*, Los Angeles-London, 2018, 60 ss.

³⁴ ADL, *op. cit.*, 3.

³⁵ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 37.

realizzazione di svastiche sulla parete dell'appartamento in cui l'atto violento era avvenuto³⁶.

In altri casi la sussistenza di un motivo di pregiudizio alla base della condotta messa in atto non traspare in modo così palese e, conseguentemente, si rendono necessarie delle indagini più approfondite.

Alcuni Stati, consapevoli della rilevanza del problema, hanno provveduto ad indicare quali elementi valorizzare a fini probatori: ad esempio, nel Codice Penale francese si prevede di verificare se il reato sia stato preceduto, accompagnato o seguito dalla manifestazione di espressioni in forma scritta o orale, oppure dal ricorso ad immagini, oggetti o azioni di qualunque natura che danneggino l'onore o la reputazione della vittima o un gruppo di persone cui la vittima appartiene³⁷. Del pari, in Gran Bretagna nel *Crime and Disorder Act* si fa riferimento alla ostilità dimostrata dall'autore del reato nei confronti della vittima per la sua appartenenza vera o presunta ad un determinato gruppo etnico o religioso³⁸.

Sempre l'OSCE, in un documento volto ad incentivare la segnalazione della commissione di crimini d'odio da parte degli Stati partecipanti all'Organizzazione medesima, della società civile, dei media e dell'opinione pubblica in generale, elenca una serie di indicatori da cui poter evincere che la condotta possa essere stata sorretta da un motivo di pregiudizio. Tra questi indicatori figura, ad esempio, l'orario e il luogo in cui l'evento si è verificato, il fatto che l'atto sia stato posto in essere prima o in concomitanza di una ricorrenza associata ad uno specifico gruppo, il rilascio di commenti o dichiarazioni o il compimento di gesti che abbiano ad oggetto l'appartenenza reale o percepita della vittima ad un gruppo o, ancora, l'impegno della medesima al momento dell'incidente in un'attività di promozione del suo gruppo³⁹.

³⁶ OSCE, *op. cit.*, 52 ss.

³⁷ Così l'art. 132-77 nella versione novellata dalla legge 27 Gennaio 2017 n. 86: "*Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée [...]*". Per il testo completo si rimanda al sito www.legifrance.fr.

³⁸ Così la Sezione 28: "*An offence is racially or religiously aggravated for the purposes of sections 29 to 32 below if: (a) at the time of committing the offence, or immediately before or after doing so, the offender demonstrates towards the victim of the offence hostility based on the victim's membership (or presumed membership) of a racial or religious group [...]*". Per il testo completo si rimanda al sito www.legislation.gov.uk.

³⁹ OSCE, *Contributo della Società Civile al Rapporto Annuale dell'ODIHR sui Crimini motivati dall'Odio*, in www.hatecrime.osce.org.

Nel nostro ordinamento non è presente alcuna indicazione normativa su quali fattori possano essere presi in considerazione per provare il motivo di pregiudizio alla base della condotta messa in atto; in ogni caso, posto che nel contesto processuale la prova della responsabilità penale deve essere fornita, come detto, al di là di ogni ragionevole dubbio, si dovrà escludere qualunque tipo di automatismo probatorio e, in sede motivazionale, specificare quali siano stati gli elementi valorizzati per ritenere sussistente tale responsabilità.

A questo quadro complesso si aggiunge il fatto che, spesso, la condotta viene azionata sulla base di una pluralità di motivi. Nell'esempio riportato in precedenza relativamente all'aggressione di un lavoratore da parte di un altro dipendente si sono tenute nettamente separate le ipotesi in cui l'azione fosse determinata da un sentimento, in termini generici, di invidia nei confronti del collega avente maggiore considerazione presso i superiori gerarchici, da quella in cui l'aggressione fosse, invece, legata al disprezzo per l'origine etnica e il disconoscimento del diritto di lavorare alle stesse condizioni degli altri dipendenti. Tuttavia, si potrebbe anche immaginare una fusione di questi due distinti esempi, immaginando, pertanto, che la condotta criminosa sia posta in essere a causa dei continui elogi espressi per le notevoli abilità lavorative del collega nonostante il ridotto arco temporale intercorso dall'assunzione e dal fatto che questo non sia italiano.

Ancora una volta, ci sono ordinamenti in cui il legislatore ha preso espressa posizione sul punto, stabilendo dei criteri per la contestazione di responsabilità penale: ad esempio, il codice penale belga prevede di applicare un aggravamento della pena se *uno* dei motivi della commissione del reato dovesse essere l'odio, il disprezzo o l'ostilità contro la vittima in ragione della presenza di una caratteristica protetta⁴⁰; nel codice penale californiano si specifica che quando sussiste un concorso di motivi, quello di pregiudizio deve essere un fattore sostanziale, sebbene non il principale e neppure

⁴⁰ Così l'art. 377-bis: "*In de gevallen bepaald in dit hoofdstuk kan het minimum van de bij die artikelen bepaalde straffen worden verdubbeld in geval van gevangenisstraf en met twee jaar verhoogd in geval van opsluiting, wanneer een van de drijfveren van de misdaad of het wanbedrijf bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, zijn taal, zijn politieke overtuiging, zijn syndicale overtuiging, een fysieke of genetische eigenschap of zijn sociale afkomst*", in www.ejustice.just.fgov.be.

determinante per la messa in atto di una condotta che altrimenti non sarebbe stata azionata⁴¹.

Anche sui problemi innescati da un concorso di motivi nella legislazione italiana non figurano indicazioni precise: dalla lettura dell'art. 604-ter c.p. emerge solo che la condotta deve essere stata commessa per finalità di discriminazione o di odio, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. Dal tenore letterale della disposizione in esame non c'è modo di stabilire *ex ante* se il motivo di pregiudizio debba essere l'unico presente oppure se possa essere accompagnato anche da altre ragioni. È così inevitabile che il compito di chiarire questo profilo sia rimesso al giudice in sede di accertamento della responsabilità, potendo una stessa vicenda processuale giungere, conseguentemente, a soluzioni contrastanti.

1.4. La maggiore dannosità dei crimini d'odio

Soffermando ancora l'attenzione sulle specificità dei crimini d'odio, trattandosi di questioni condivise con il tema dei discorsi d'odio e che sono preliminari alla valutazione di opportunità circa la previsione di autonome fattispecie penali, su cui ci si soffermerà successivamente, è necessario approfondire l'impatto che la commissione di un crimine d'odio ha *in primis* sulla vittima diretta e, poi, sul gruppo di appartenenza. Riguardo questa tematica un primo contributo è stato offerto dall'Associazione portoghese per il supporto delle vittime (APAV) che, in collaborazione con organizzazioni nazionali ed internazionali, ha pubblicato un manuale finalizzato a stimolare il dibattito in materia di

⁴¹ Così la Sezione 422.55: “*For purposes of this title, and for purposes of all other state law unless an explicit provision of law or the context clearly requires a different meaning, the following shall apply: (a) “Hate crime” means a criminal act committed, in whole or in part, because of one or more of the following actual or perceived characteristics of the victim [...]*”. Per il testo completo si rimanda al sito www.leginfo.ca.gov.

crimini e discorsi d'odio e a fornire tutte le informazioni necessarie a cogliere l'assoluta unicità di queste fattispecie⁴².

Prendendo le mosse dall'impatto sulla vittima diretta, occorre richiamare il fatto che per poter parlare di crimine d'odio è necessario che la condotta messa in atto sia determinata da un motivo di pregiudizio avverso una determinata caratteristica protetta così che la vittima viene prescelta non per chi è, ma per cosa rappresenta, al fine di negare il godimento della medesima dignità sociale o, addirittura, il diritto di esistere. È innegabile che, sebbene ogni persona, a fronte di una identica offesa, abbia reazioni differenti, l'impatto e le conseguenze sulle vittime tendono, in generale, ad essere maggiori. A livello psicologico si segnala un aumento dei livelli di ansia e sintomi di stress, mancanza di fiducia e sensazione di vulnerabilità, maggiore probabilità di sviluppare patologie come depressione, disturbi d'ansia e disturbi da stress post-traumatico. A livello sociale il timore di essere resi destinatari di ulteriori condotte riconducibili ai crimini d'odio può indurre la vittima a modificare le proprie abitudini, come, ad esempio, non frequentare più luoghi che sono percepiti come pericolosi oppure perfino cambiare scuola (se la vittima è uno studente/studentessa) o abbandonare il posto di lavoro, con evidenti e correlate conseguenze anche sul piano economico.

Oltre a questa vittimizzazione primaria, non è infrequente anche una vittimizzazione secondaria operata da parte della società oppure da coloro che dovrebbero offrire supporto e aiuto alla persona offesa. Tali fenomeni possono anche non essere connessi alla volontà di ferire ulteriormente la vittima ed estrinsecarsi in condotte apparentemente banali, come il tentativo di circoscrivere la gravità dell'evento oppure di ricondurre la sussistenza di un motivo di pregiudizio nella condotta posta in essere contro la persona ad una mera fantasia di quest'ultima o alla ricerca di notorietà. Affermazioni di questo tipo, oltre ad alimentare una mancanza di fiducia nelle istituzioni, possono concorrere ad emarginare ulteriormente la vittima e spingere altri soggetti a commettere lo stesso reato, contando sull'impunità e il sostegno della società.

Per quanto riguarda l'impatto dei crimini d'odio sulla comunità di appartenenza della persona offesa, si è riscontrato come, indipendentemente dal fatto che i membri di quel gruppo sociale conoscano o meno la medesima, anche questi subiscano, seppur

⁴² ASSOCIAÇÃO PORTOGUESA DE APOIA À VITIMA (APAV), *Manuale Hate No More per il supporto delle vittime di crimini d'odio*, 2018, 18 ss., in www.apav.pt.

spesso con minore intensità, le stesse conseguenze, vedendo accresciuto il senso di vulnerabilità e di esposizione a possibili fonti di pericolo per la propria vita, incolumità fisica o dignità personale in senso ampio, per il solo fatto di presentare una caratteristica non modificabile o non celabile, come il colore della pelle. Un crimine d'odio, dunque, non si esaurisce nell'insulto perpetrato nei confronti del singolo, ma è in grado di produrre quelle che, nella letteratura anglosassone, vengono definite “onde di danno”⁴³.

1.5. I fenomeni dell'*under-reporting* e *under-recording* e il rischio di *escalation*

Lo stesso Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) coglie e approfondisce il tema delle specificità dei crimini d'odio⁴⁴. Oltre a menzionare quanto già descritto in relazione alla maggiore offensività di tali reati, si focalizzano soprattutto i profili, prima solo in parte citati, del cosiddetto *under-reporting* e *under-recording*, nonché del rischio di *escalation*.

Con la prima espressione si fa riferimento alla tendenza da parte della vittima di non denunciare il crimine subito; tra le ragioni si elenca il non aver cognizione o il rifiuto del fatto che l'azione sia stata messa in atto per un motivo di pregiudizio, il non aver fiducia nelle forze di polizia, la paura di compromettere la propria *privacy* (specialmente nel caso in cui la vittima appartenga alla comunità *LGBTQI+*), il timore di ritorsioni o, ancora, la non conoscenza della lingua e del sistema giuridico nazionale.

Con la seconda espressione si intende la possibilità che le forze di polizia non riconoscano la matrice discriminatoria del reato, non orientando, dunque, al meglio l'attività investigativa. Anche questo può accadere per diversi motivi, come la mancata

⁴³ P. IGANSKI, *Hate Crimes Hurt More*, in *American Behavioral Scientist*, 2001, 628; nella stessa direzione B. LEVIN, *Hate Crimes: Worse by Definition*, in *Journal Of Contemporary Criminal Justice*, 1999, 14 ss.; R. DELGADO, *Words that Wound: A tort action for racial insults, epithets and name-calling*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1982, 135 ss. Per un elenco più compiuto degli studi succedutisi nel corso degli anni, di cui è stata effettuata una sintesi, si rinvia a F.M. LAWRENCE, *The Hate Crime Project and Its Limitations: Evaluating the Societal Gains and Risk in Bias Crime Law Enforcement*, in AA.VV., *op. cit.*, 211, note 6-13, nonché a T. GAVRIELIDES, *Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 2012, 3627.

⁴⁴ S. CHIRICO, L. GORI, I. ESPOSITO, *Quando l'odio diventa reato*, cit., 4-5.

individuazione degli indicatori di pregiudizio sopra descritti, la scarsa sensibilità o formazione adeguata sul fenomeno o, ancora, la carenza di risorse. Non si può tacere, inoltre, che vi sia anche il rischio che gli operatori con cui la vittima si confronta condividano, seppur non manifestamente, gli stereotipi o persino i pregiudizi prevalenti nella società riguardo alcuni gruppi sociali⁴⁵. È inevitabile che i fenomeni dell'*under-reporting* e *under-recording* così ricostruiti abbiano un impatto notevole sull'affidabilità dei dati raccolti in materia di incidenza di crimini e discorsi d'odio, potendo ben supporre che essi nella realtà siano più numerosi rispetto a quanto riportato dalle fonti ufficiali⁴⁶.

Da ultimo si sottolinea come le condotte di vittimizzazione secondaria portino ad una normalizzazione dell'odio con conseguente rischio di *escalation* nella gravità delle azioni perpetrate ai danni di chi appartenga ad un determinato gruppo⁴⁷.

2. Definizione e specificità dei discorsi d'odio. Le difficoltà nella ricostruzione del concetto di discorso d'odio

Passando ora all'analisi dei discorsi d'odio e soffermando l'attenzione sui tratti distintivi di questo fenomeno, rinviando per il resto a quanto approfondito nei precedenti paragrafi, si deve tenere presente che le difficoltà definitorie già incontrate tendono ad acuirsi ulteriormente nel momento in cui si approfondisce questo particolare tipo di crimine d'odio, poiché non è presente per l'*hate speech* una definizione univoca neppure a livello internazionale.

⁴⁵ APAV, *op. cit.*, 17. Così anche 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*, 2012, 29. È questo, ad onore del vero, un problema che non riguarda soltanto le forze dell'ordine, ma gli stessi organi giudicanti. Si pensi, ad esempio, al caso di un magistrato che abbia celebrato numerosi processi a carico di soggetti di origine magrebina: è facile immaginare che, se quello stesso magistrato dovesse essere chiamato a giudicare la condotta di una persona imputata per aver svolto attività di propaganda razzista tramite la diffusione di materiali in cui si descrivono i magrebini come responsabili del degrado urbano e degli elevati tassi di delinquenza, l'esperienza pregressa potrà avere una qualche influenza sull'esito del giudizio. Un esempio sovrapponibile a questo è riportato in A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 112.

⁴⁶ V. *infra* par. 3.

⁴⁷ V. anche cap. III, par. 2.2., nota 43.

Una prima indicazione è contenuta nella Raccomandazione n. (97)20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁴⁸, dove si legge che per discorso d'odio si devono intendere “tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, tra cui l'intolleranza espressa attraverso nazionalismo o etnocentrismo aggressivo, discriminazione ed ostilità contro minoranze, migranti e persone con storia di immigrazione”. Si tratta chiaramente di una definizione dai confini piuttosto ristretti per quanto concerne l'individuazione dei tratti e qualità protetti, limitati alla sola discriminazione razziale. Un'apparente apertura potrebbe ravvisarsi nell'espressione “altre forme di odio basate sull'intolleranza”, poi comunque nuovamente circoscritta agli elementi propri dell'appartenenza razziale/etnica⁴⁹.

Altro utile ragguglio deriva dall'art. 20 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, in cui si afferma che deve essere vietata dalla legge qualsiasi propaganda a favore della guerra e qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza⁵⁰.

Più dettagliata è la definizione contenuta della Decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia attraverso lo strumento della legge penale in cui si legge che per discorso d'odio si deve intendere: “l'incitamento pubblico alla violenza o all'odio diretto contro un gruppo di persone o un membro di un gruppo definito sulla base della razza, colore della pelle, discendenza, credo religioso, origini etniche o nazionali; il reato di cui sopra quando è commesso attraverso la diffusione pubblica o la distribuzione di scritti, immagini o altro materiale; l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana in pubblico dei crimini di genocidio o contro l'umanità, i crimini di guerra, quali sono definiti nello Statuto della Corte penale internazionale (articoli 6, 7 e 8)⁵¹ e i crimini di cui all'articolo 6 dello statuto

⁴⁸ V. cap. II, par. 2.1. Della Raccomandazione saranno approfonditi solo gli aspetti che interessano direttamente la materia penalistica.

⁴⁹ COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Recommendation no. r (97) 20 of the committee of ministers to member states on “hate speech”, Principle 1: “speech likely to produce the effect of legitimising, spreading or promoting racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of discrimination or hatred based on intolerance including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”*.

⁵⁰ “Any propaganda for war shall be prohibited by law. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law”.

⁵¹ V. Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, consultabile al sito www.difesa.it.

del Tribunale militare internazionale⁵², quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro”.

Si tratta di una definizione più puntuale sia perché sono meglio circostanziate le modalità della condotta sia perché si enfatizza la necessità che queste presentino i connotati della pubblicità e diffusività, tratti determinanti quando si approfondirà il tema del possibile contrasto tra fattispecie penali in materia di discorsi d'odio e il diritto di libera manifestazione del pensiero. Anche sul piano del contenuto delle condotte qualificabili come discorsi d'odio si avanza rispetto alla prima definizione citata, ricomprendendovi l'apologia, la negazione o minimizzazione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini contro la pace⁵³.

Da ultimo definizione ancora più ampia è quella contenuta nella Raccomandazione di politica generale dell'ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*) adottata l'8 Dicembre 2015 dove si legge: “ai fini della presente raccomandazione di politica generale si intende per discorso d'odio il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base della "razza", del colore della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, dell'handicap, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell'identità di genere,

⁵² “[...] Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale: a) Crimini contro la pace: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni; b) Crimini di guerra: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare; c) Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni - abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate - siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini [...]”.

⁵³ Si tratta, ovviamente, della discussa fattispecie di negazionismo che viene esaminata dalla dottrina italiana e straniera soprattutto per il rischio di incompatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero. V. approfonditamente cap. III, par. 2.2.1.

dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale". Successivamente: "Riconoscendo che il discorso dell'odio può assumere la forma di una pubblica negazione, banalizzazione, giustificazione o legittimazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra accertati dai tribunali, come pure di un'apologia delle persone condannate per avere commesso tali crimini [...]".

Nonostante gli apporti sicuramente utili e rilevanti provenienti dal diritto sovranazionale, resta il fatto che, sia per quanto concerne la descrizione delle modalità di messa in atto della condotta, sia per quel che riguarda la selezione dei tratti e qualità protetti, non è presente un indirizzo univoco, come, invece, seppur con qualche difficoltà si riesce a compiere per gli *hate crimes*.

Inoltre, se il crimine d'odio si identifica con una condotta qualificata come reato e sorretta da un motivo di pregiudizio, i discorsi d'odio difettano del primo elemento, cioè a dire che qualora il discorso dovesse essere privo del *bias motive* non potrà neppure porsi il dubbio se esso costituisca reato o meno, dovendo concludere per l'assoluta liceità della condotta⁵⁴.

Altro tratto caratteristico è dato dal fatto che, mentre nei crimini d'odio, vi è sempre un soggetto, individualmente considerato, ad essere destinatario dell'azione penalmente rilevante, nei discorsi d'odio si deve distinguere: vi sono casi in cui il pensiero è rivolto contro un intero gruppo più o meno ampio di soggetti e casi, invece, in cui il messaggio viene indirizzato nei riguardi di un singolo. In questa seconda ipotesi sarà più probabile una contestazione di responsabilità penale in forza di una "comune" fattispecie delittuosa (come la diffamazione o le minacce), eventualmente in forma aggravata.

2.1. *Segue: i discorsi d'odio online*

Guardando ora alle specificità dei discorsi d'odio *online*, è innegabile che le caratteristiche proprie del *web*, che certo favoriscono una comunicazione sempre più

⁵⁴ L. D'AMICO, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La legislazione penale*, 2020, 6.

immediata, agile ed estesa a livello globale, abbiano poi dei riflessi anche sulla maggiore diffusività (e, per certi versi, pericolosità) dei discorsi d'odio. Questo profilo è stato ben descritto in dottrina dove si è affermato che: «la comunicazione al tempo dei *social media* ha determinato una radicale ridefinizione delle coordinate del discorso pubblico, il quale, oggi, non è più soltanto quel che passa per le vie, più o meno ufficiali, della pubblicistica nazionale [...]: chiunque, mettendo un *like*, condividendo un *link*, gestendo un *blog*, rilasciando un commento in calce a questo o a quel *post*, alimenta una interazione di discorsi, una miriade di conversazioni che si citano e si rimbeccano all'infinito [...]. *Social network* come Facebook, Twitter o Instagram sono strumenti di pubblicizzazione della comunicazione grazie a (o a causa de) i quali buona parte di quelle conversazioni che in passato avrebbero avuto carattere privato oggi, di fatto, avvengono in un luogo (virtuale) tendenzialmente aperto a tutti»⁵⁵.

Non è un caso, pertanto, che la Cassazione abbia qualificato Facebook come “luogo pubblico o aperto al pubblico”⁵⁶.

Non solo. Il sempre maggiore utilizzo di piattaforme virtuali destinate allo scambio di messaggi ed informazioni ha trasformato la comunicazione in un'azione di massa: da una parte è consentito al *quivis de populo* prendere la parola su qualunque tipo di tematica, anche la più complessa o delicata; dall'altra nel momento in cui un soggetto ha dato inizio ad una discussione, questo non rimane mai isolato, ma è rapidamente seguito da un profluvio di interazioni successive⁵⁷. Ciò che si intende dire è che la presenza di utenti dalle caratteristiche significativamente differenti in termini di cultura ed istruzione, nonché il venire meno di qualunque freno inibitore e delle minime regole di convivenza civile, fanno sì che idee mal formulate, prive di logica e, spesso, espresse mediante il ricorso al turpiloquio, idee che in passato avrebbero attirato l'attenzione e ottenuto il supporto di poche persone, oggi godano di un'elevata visibilità e, soprattutto, appoggio⁵⁸.

⁵⁵ A. SPENA, *La parola (-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2016, 578.

⁵⁶ Corte Cass., Sez. I, 11 Luglio 2014, n. 37596.

⁵⁷ A. SPENA, *op. cit.*, 581; G. RIVA, B. K. WIEDERHOLD, P. CIPRESSO, *The Psychology Of Social Networking, vol. 1. Personal Experience in Online Companies*, Berlino-Varsavia, 2016, 4; M. RANIERI, S. MANCA, *I social network nell'educazione. Basi teoriche, modelli applicativi e linee guida*, in *Tecnologia della comunicazione e dell'apprendimento*, Trento, 2017, 7.

⁵⁸ F. ZANNONI, *Razzismo e xenofobia nei social network. La pedagogia interculturale tra tecnologie e nuove emergenze*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2017, 215; S. PASTA, *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Brescia, 2018, 3.

A questo si aggiunge un ulteriore fattore che facilita la diffusione dei discorsi d'odio *online*, ovvero la distanza tra l'autore della condotta e il "bersaglio". Questa condizione è stata ben descritta da Zygmunt Bauman: «è difficile fare del male a una persona tanto vicina da poterla toccare. È alquanto più facile infliggere dolore a qualcuno che vediamo soltanto da lontano. Ed è ancora più semplice nel caso di una persona che possiamo soltanto udire. Infine, è molto facile essere crudeli verso qualcuno che non vediamo né udiamo [...]. La ragione per cui la separazione della vittima rende più facile la crudeltà sembra psicologicamente ovvia: all'esecutore viene risparmiata l'angoscia di vedere l'esito delle proprie azioni. Egli può addirittura indursi a credere che non è accaduto niente di veramente disastroso, placando così i rimorsi della coscienza»⁵⁹.

Alla luce di queste premesse, le peculiarità dei discorsi d'odio *online* sono essenzialmente quattro⁶⁰: innanzitutto, figura la permanenza nel tempo dell'incitamento all'odio su *Internet*. Tale caratteristica è legata all'assenza o scarsa presenza di costi di pubblicazione e alla potenziale immediata nuova diffusione del contenuto nel caso in cui quello originario dovesse essere in qualche modo cancellato. In funzione della struttura di una piattaforma, poi, la possibilità di diffusione per un periodo più o meno esteso è differente⁶¹: ad esempio, per le conversazioni di Twitter l'utilizzo del cosiddetto *hashtag* fa sì che gli utenti possano selezionare i contenuti di loro interesse ed avere a disposizione *tweet* sostanzialmente senza limiti di tempo da quando ha avuto luogo la pubblicazione. Inoltre, sebbene vi sia la possibilità di eliminare un proprio contenuto, se questo dovesse essere stato condiviso da un altro utente oppure pubblicato su siti web, applicazioni e motori di ricerca di terze parti, ecco che non potrà essere definitivamente rimosso. Su Facebook, invece, molte discussioni possono svolgersi in parallelo e passare inosservate, permettendo così, per un tempo più lungo, che certi individui o gruppi siano resi bersaglio di discorsi d'odio. Di conseguenza, come evidenziato dal CEO dell'*Online Hate Prevention Institute*, André Oboler, più i contenuti rimangono disponibili sul web, maggiore è il danno causato alle vittime⁶².

⁵⁹ Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, Bologna, 1992, 217.

⁶⁰ AA. VV., *Combattere les discours de haine sur internet*, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 2015, in www.unesdoc.unesco.org.

⁶¹ Per questi e i successivi distinguo tra i diversi *social* si è fatto riferimento alle linee guida per l'utilizzo dei servizi elaborate dalle singole piattaforme e consultabili nei rispettivi siti Internet.

⁶² CONSIGLIO D'EUROPA, *Mapping study on projects against hate speech online*, Strasburgo, 2012, in www.rm.coe.int.

In secondo luogo, i contenuti pubblicati *online* vengono definiti itineranti: anche se questi sono stati rimossi, i loro autori potranno ripubblicarli nuovamente nella stessa piattaforma con profili differenti oppure in piattaforme diverse. Laddove si dovesse giungere alla chiusura di un sito web, questo potrebbe essere riaperto rapidamente utilizzando un servizio di *hosting* con regole meno severe oppure facendo capo ad un Paese in cui la legislazione sia più permissiva in materia di incitamento all'odio. Analogamente, il contenuto pubblicato da un soggetto sul proprio profilo o su una data pagina *web* ben potrà diffondersi su altri profili e pagine attraverso un'attività di condivisione a catena. Ancora una volta, le caratteristiche proprie soprattutto delle piattaforme di *social network* possono promuovere o limitare tale diffusività: Facebook, ad esempio, grazie alle impostazioni di gestione della *privacy*, consente di decidere a chi rendere visibile un dato contenuto. Tuttavia, anche un messaggio condiviso solo tra gli "amici" può facilmente raggiungere un bacino di soggetti molto più ampio portando a conseguenze non volute. In ogni caso, questo carattere potenzialmente privato delle conversazioni viene totalmente meno nel momento stesso in cui si considerino profili di persone particolarmente note, oppure di testate giornalistiche, associazioni ecc., profili che vengono creati proprio con l'intento di ricevere quanta più visibilità possibile.

Twitter, al contrario, è più chiaramente strutturato come uno spazio che offre la possibilità di trasmettere un messaggio ad un pubblico estremamente ampio, non solo attraverso lo strumento delle condivisioni (cosiddetti *retweet*), ma anche attraverso quello degli *hashtag* che consentono di individuare in tempi rapidi tutti i *tweet* aventi quel determinato oggetto di discussione e trasformare potenzialmente qualunque tipo di contenuto in un argomento di tendenza. La logica stessa dell'*hashtag* prevede, del resto, che siano accostati termini evocativi, privi di una reale connessione logica, ma comunque generalmente in grado di colpire la sensibilità del pubblico e saltare di "bocca in bocca" (sebbene virtuale) seguendo un percorso di luoghi comuni o stereotipi.

Altri *social* ancora, quali Snapchat, attraverso meccanismi di eliminazione delle conversazioni tra gli utenti subito dopo che queste hanno avuto luogo, assicurano più facilmente che le discussioni rimangano all'interno di cerchie ristrette, mancando, tra l'altro, il carattere della permanenza nel tempo di cui sopra.

L'anonimato è un'altra caratteristica tipica che incrementa la pericolosità dei discorsi d'odio *online*. A scanso di equivoci, è bene precisare che quando si parla, in

questo contesto, di anonimato si fa generalmente riferimento all'utilizzo di pseudonimi o soprannomi, mentre la pubblicazione di contenuti completamente privi di qualunque traccia identificativa sono significativamente più rari perché è necessario che l'utente sia in possesso di approfondite conoscenze tecniche idonee a nascondere la propria identità. Il fatto di poter pubblicare un messaggio avente un qualsiasi contenuto senza che il medesimo sia associato al proprio nome incrementa la diffusione dei discorsi d'odio, posto che la convinzione è quella di non poter essere identificati come autori di quel materiale e, dunque, chiamati a rispondere della condotta messa in atto⁶³. Per questa ragione alcuni governi e piattaforme *social* hanno tentato di mettere a punto delle misure in forza delle quali gli utenti sarebbero stati tenuti ad utilizzare il loro vero nome. Tuttavia esse sono state oggetto di aspre critiche in quanto ritenute in contrasto con il diritto alla *privacy* e con la libertà di manifestazione del pensiero e pertanto, di norma, ad oggi ci si limita a sollecitare l'utilizzo del vero nome per incrementare la trasparenza delle conversazioni.

La dimensione transnazionale delle comunicazioni *online* costituisce il quarto e ultimo profilo di peculiarità, che rappresenta un ulteriore ostacolo al contenimento del fenomeno dei discorsi d'odio, nonché all'individuazione dei responsabili, posto che da una parte è viepiù incrementata la diffusività dei messaggi che non conoscono confini geografici e dall'altra, per il perseguimento delle condotte, si rendono necessari meccanismi di cooperazione giudiziaria il cui funzionamento richiede spesso tempi significativi.

2.2. *Segue: il fenomeno delle c.d. echo chambers*

Al fine di cogliere ulteriormente l'assoluta unicità dei discorsi d'odio *online* si può fare riferimento ad uno studio condotto sul fenomeno delle cosiddette *echo chambers* nei

⁶³ Gli effetti dell'anonimato sulle condotte delle persone sono stati esaminati anche da alcuni esperimenti con cui si è dimostrato che qualunque situazione faccia sentire anonime le persone riduce il senso di responsabilità individuale creando i presupposti per la cattiva azione. Così in P. ZIMBARDO, *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2020, cap. XIII, dove il fenomeno è chiamato de-individuazione.

social media e, in particolare, Facebook⁶⁴. Gli autori di questo approfondimento hanno appuntato l'attenzione sui processi di diffusione delle teorie cospirative e delle informazioni scientifiche, potendo, tuttavia, estendere l'analisi anche al tema di cui al presente lavoro, in ragione della presenza di tratti di notevole somiglianza.

Più precisamente punto di partenza è la considerazione per cui le teorie cospirative, al pari dei discorsi d'odio, riducono significativamente la complessità della realtà e sono formulate in modo tale che i singoli giungano a tollerare determinati livelli di imprecisione e superficialità nelle informazioni riportate; trattasi, quindi, di dinamiche molto simili a quelle che si creano, ad esempio, attorno a fatti di cronaca a seguito dei quali spesso gli utenti lasciano commenti o avviano discussioni fondate su stereotipi e pregiudizi nei confronti di certi soggetti (si considerino ad esempio i casi di illeciti commessi da persone appartenenti ad una data etnia che portano a considerazioni del tipo "Tutti gli stranieri sono delinquenti").

Attraverso l'analisi dei dati raccolti emergono talune costanti: innanzitutto, gli utenti, per mezzo di attività come la condivisione di *post*, tendono a gravitare attorno a quei gruppi di cui condividono le medesime correnti di pensiero. In secondo luogo, gli utenti che si identificano con una determinata convinzione sono spinti a non avere alcuna interazione con chi è portatore di opinioni differenti, facendo sì che i dibattiti che possono innescarsi siano, nella maggior parte dei casi, unidirezionali. In più, a seguito della condivisione di informazioni e dell'innescarsi di discussioni, le convinzioni dei singoli risultano ancora più estreme e polarizzate. Da ultimo, si registra la tendenza a rifiutare le informazioni che dimostrano la fallacia delle credenze fondate su stereotipi e pregiudizi e a condividere, al contrario, quelle che le confermano, anche se dovessero poi dimostrarsi false.

Per questo insieme di ragioni si può concludere che specialmente i *social network* hanno una struttura tale da renderli una sorta di cassa di risonanza per i contenuti che vi circolano, favorendo così la diffusione anche di quei messaggi che, facendosi portavoce di idee largamente condivise, presentino caratteristiche tali da essere riconducibili alla categoria dei discorsi d'odio.

⁶⁴ W. QUATTROCIOCCHI, A. SCALA, R. C. SUNSTEIN, *Echo Chambers on Facebook*, in Harvard Law School, 2016.

3. L'incidenza a livello statistico dei discorsi d'odio

Chiarito quali siano le principali definizioni che attualmente sono disponibili rispetto alla nozione, come si è visto, non univoca di discorso d'odio e indicate le specificità delle condotte messe in atto attraverso il *web*, è necessario considerare ora quale ne sia l'incidenza a livello statistico. Tramite l'analisi dei dati raccolti dovrebbe essere, infatti, possibile verificare l'evoluzione del fenomeno nel tempo e, dunque, rispondere alla domanda se sia effettivamente necessario per il legislatore e gli studiosi di materie giuridiche (e non) porre su di esso una particolare attenzione. Tuttavia, nonostante la potenziale utilità di una puntuale raccolta di dati, nel prosieguo verranno segnalate le principali criticità che ancora oggi si riscontrano in questo specifico contesto e che valgono all'Italia (e non solo) continui richiami da parte dell'ECRI (*European Commission against Racism and Intolerance*).

Nel panorama italiano gli unici dati ufficiali sono quelli forniti dall'Oscad in collaborazione con l'Unar (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali). Più precisamente le segnalazioni giunte all'Oscad⁶⁵ relative a crimini e discorsi d'odio nel periodo compreso tra il 2010 e il 2019 sono aumentate da 12 a 535, con un vero e proprio balzo a partire dal 2013 dove, a fronte della rilevazione dell'anno precedente attestatasi a 64 segnalazioni, si è giunti ad un numero pari a 237. Tra il 2016 e il 2017 l'andamento è andato a calare (rispettivamente con 160 e 106 segnalazioni) per poi subire un ulteriore incremento tra il 2018 e 2019 (rispettivamente 374 e 535 segnalazioni, dato più elevato fino ad oggi riportato). Distinguendo in base alla "caratteristica protetta", sempre nel medesimo periodo le segnalazioni relative a crimini o discorsi d'odio per razza, appartenenza etnica o nazionalità sono passate da 8 a 252, quelle per credo religioso da 1 a 105, quelle legate all'orientamento sessuale da 3 a 95, per identità di genere da 0 a 10, per disabilità da 0 a 95. Guardando ai dati afferenti alle singole categorie di reato e soffermando l'attenzione sull'incitamento alla violenza e alle minacce, fattispecie più vicine a quelle dei discorsi d'odio, in un periodo compreso tra il 2016 e il 2019 da un numero di reati legati all'orientamento sessuale o identità di genere pari, rispettivamente,

⁶⁵ Per la consultazione di questi dati si rinvia al sito www-interno.gov.it.

a 0 e 6, si è giunti ad un numero attestatosi a 30 e 17. Per quanto concerne le medesime fattispecie riferite all'odio razziale e religioso si passati da un numero di reati connessi all'incitamento alla violenza da 0 a 271 e per quelli connessi alle minacce da 62 a 79. In una prospettiva critica, già può individuarsi come la prima difficoltà nella focalizzazione dell'incidenza dei discorsi d'odio *in primis* e dei discorsi d'odio *online in secundis* sia l'assenza di una netta distinzione dei dati afferenti gli *hate crimes* e quelli afferenti agli *hate speeches* e la totale mancanza di qualunque riferimento alla rete.

Relativamente ai dati raccolti dall'Unar, documenti di riferimento sono le diverse relazioni che nel corso degli anni l'Ufficio ha indirizzato al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Parlamento con lo scopo di informare le Istituzioni sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e sull'efficacia dei meccanismi di tutela, nonché sui progressi e gli ostacoli dell'azione anti discriminazione in Italia⁶⁶; ciò che contraddistingue tali *report* è una maggiore precisione nell'indicazione dei dati statistici, tanto da esserci apposite voci dedicate ai discorsi d'odio *online*. Tuttavia, da una parte, a rendere comunque complessa l'analisi dell'incidenza nel tempo del fenomeno è l'assenza di criteri costanti di redazione delle relazioni, cosicché uno specifico dato fornito in un rapporto potrebbe non essere presente in quello successivo (vedi l'interessante distinzione in base al tipo di *social network* o sito *web* in cui la discriminazione ha avuto luogo, di cui si dirà successivamente); dall'altro lato, non può tacersi che i numeri riportati afferiscono a segnalazioni di eventi discriminatori in generale e non specificamente a condotte riconducibili alla categoria dei discorsi d'odio. Pertanto, dati certi e puntuali sulla effettiva portata dei discorsi d'odio *online* nel nostro ordinamento al momento non sono disponibili.

Guardando comunque al contenuto delle relazioni dell'Unar e soffermando l'attenzione sui profili di interesse per il presente lavoro, nel 2012 su 1.283 segnalazioni di eventi di discriminazione il 16,8% si è verificato nell'ambito dei *mass media* e, tra questi, il 71,8% in Internet. Questo è il primo caso in cui in una relazione dell'Ufficio vi è stata una espressa menzione dei dati afferenti alla rete, riscontrandosi in quelle precedenti un generico riferimento ai soli *mass media*. Per quanto concerne la caratteristica protetta, oggetto di discriminazione nel 51,4% dei casi è stata la razza, nell'11,2% l'orientamento sessuale, nel 7,3% la disabilità e nel 2,4% il genere.

⁶⁶ Tutte le Relazioni sono consultabili al sito www.unar.it.

Nel 2013 su 1142 segnalazioni il 27,3% ha riguardato i *media*; nulla viene detto sull'incidenza degli eventi discriminatori in Internet. Ancora una volta si pongono in primo piano le discriminazioni aventi ad oggetto l'etnia e la razza (66,8%), seguite da orientamento sessuale (10%), disabilità (9,2%) e genere (0,8%).

Facendo un balzo in avanti temporale, nel 2018 su 4.068 segnalazioni 1466, ovvero il 36%, hanno riguardato eventi verificatisi in luoghi virtuali. Sempre nella Relazione del 2018 figura anche un interessante prospetto, non replicato successivamente, in cui si riporta l'incidenza degli atti discriminatori nei singoli luoghi virtuali. A tal proposito 632 segnalazioni riguardavano contenuti di Twitter, 353 di Facebook, 108 di giornali *online* e Youtube. Il 70,4% delle segnalazioni ha riguardato discriminazioni etnico-razziali, il 7% l'orientamento sessuale e l'identità di genere, il 5,4% la disabilità.

Nel 2019 delle 3.394 segnalazioni ricevute il 29,2% ha interessato il *web*. Trattatasi di una percentuale minore rispetto a quella dell'anno precedente, ma comunque significativa, tenuto conto anche del minor numero di segnalazioni. Ancora una volta, per quanto concerne l'ambito di discriminazione, i dati più consistenti riguardano le discriminazioni etnico-razziali (73%), seguite poi da quelle religiose (9,6%), quelle legate all'orientamento sessuale e identità di genere (6,5%) e disabilità (5,5%).

Nel 2020 il 59,7% dei casi ha riguardato la discriminazione razziale, il 20% le convinzioni religiose (in particolare attraverso espressioni di antisemitismo), il 10,3% l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Per questi ultimi due dati le percentuali rispetto agli anni precedenti risultano in aumento, così come quella relativa alla diffusione degli *hate speeches* nel *web* (34,8%).

In generale si può, dunque, affermare che l'incidenza del fenomeno nel nostro ordinamento è notevole, anche se non deve dimenticarsi che in questa materia uno dei tratti più problematici è rappresentato dal numero oscuro di casi connesso, come detto in precedenza, alla tendenza a non denunciare. È chiaro, quindi, che i numeri effettivi, specie quelli legati al *web*, potrebbero essere molto più elevati.

Non di meno l'Italia dovrebbe approfondire uno sforzo maggiore nella predisposizione di meccanismi di rigorosa raccolta dei dati: già nel 2016 l'ECRI ha richiamato sul punto il nostro Paese sulla base del fatto che le autorità non siano ancora in grado di raccogliere i medesimi in modo sistematico e coerente, raccomandando di «predisporre senza indugio un metodo di raccolta dei dati sugli episodi collegati ai

discorso d'odio [...] e di pubblicare regolarmente i risultati con le informazioni riguardanti il numero di procedimenti penali, le ragioni per cui eventualmente non siano stati avviati oppure, in caso contrario, l'esito dei medesimi»⁶⁷.

Una maggiore attenzione sul tema è riposta da organizzazioni che hanno tra i loro obiettivi la diffusione di consapevolezza sui temi dell'uguaglianza e dell'inclusione all'interno della società. Tra queste spicca soprattutto l'Osservatorio italiano sui diritti (*Vox*) che ha operato una mappatura dell'intolleranza sulla base dello studio dei messaggi d'odio in rete. Dalla terza mappatura dell'odio relativa al periodo Maggio-Novembre 2017 e Marzo-Maggio 2018 si registra una minore incidenza dell'odio omofobico (si è passati da 35.000 *tweet* negativi registrati nel 2016 a 22.000) incidenza che tende, tuttavia, a rinfocolarsi nel momento in cui si discute di tematiche afferenti ai diritti civili, come le unioni tra persone dello stesso sesso. In continua e significativa crescita, invece, la xenofobia (dai 38.000 *tweet* negativi del 2016 si è giunti a 73.390 del 2017-2018) l'islamofobia (da 22.435 a 64.934) e l'antisemitismo (da 6.700 a 15.400). Per l'odio contro le donne non si registra un aumento esponenziale, ma resta il dato inquietante per cui si assegna alle donne il podio di categoria più colpita dall'odio su Twitter (da 284.634 a 326.040 *tweet* contenenti insulti contro le donne).

Facendo un balzo in avanti temporale e passando direttamente all'analisi della quinta ed ultima mappa dell'intolleranza relativa al periodo Marzo-Settembre 2020 si registra un calo significativo dei *tweet* negativi (565.526) rispetto al numero totale esaminato (1.304.537), ma, al tempo stesso, si segnala una maggiore radicalizzazione dell'odio spesso concentrato in gruppi di *haters* significativamente organizzati. Un panorama, dunque, che continua a preoccupare posto che «odiare in modo più radicato è il fattore di attivazione di forme diverse e più organizzate di estremismo»⁶⁸. Più precisamente il 49,9% dei *tweet* analizzati è indirizzato contro le donne (ad essere oggetto di discorsi d'odio è stata soprattutto la competenza e la professionalità in ambito lavorativo delle stesse, elemento mai registrato in precedenza), il 18,45% contro gli ebrei (specialmente in occasione delle celebrazioni del 25 Aprile), il 14,40% contro i migranti,

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *Rapporto dell'ECRI sull'Italia – quinto ciclo di monitoraggio*, 18 Marzo 2016, in www.coe.int.

⁶⁸ OSSERVATORIO ITALIANO SUI DIRITTI (VOX), *La nuova Mappa dell'Intolleranza n. 5*, in www.voxdiritti.it.

il 12,01% contro gli islamici (specie a seguito della liberazione della cooperante Silvia Romano) e il 3,28% contro gli omosessuali.

Posto che non si tratta di dati ufficiali, è indispensabile un chiarimento circa il metodo seguito per l'elaborazione di questi. A tal proposito può essere utile riportare la dettagliata spiegazione dell'organizzazione stessa: “la prima fase del lavoro ha riguardato l'identificazione dei diritti, il mancato rispetto dei quali incide sul tessuto connettivo sociale: questa fase è stata seguita dal dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano; la seconda fase si è concentrata sull'elaborazione di una serie di parole “sensibili”, correlate con l'emozione che si vuole analizzare e la loro contestualizzazione: questo lavoro è stato svolto dai ricercatori del dipartimento di Psicologia Dinamica e Clinica della Facoltà di Medicina e Psicologia dell'Università Sapienza di Roma, specializzati nello studio dell'identità di genere e nell'indagare i sentimenti collettivi che si esprimono in rete. Nella terza fase si è svolta la mappatura vera e propria dei *tweet*, grazie a un *software* progettato dal Dipartimento di Informatica dell'Università di Bari, una piattaforma di *Social Network Analytics & Sentiment Analysis*, che utilizza algoritmi di intelligenza artificiale per comprendere la semantica del testo e individuare ed estrarre i contenuti richiesti. I dati raccolti sono stati poi analizzati ed elaborati da un punto di vista sociologico, dai ricercatori del team di *ItsTime, Italian Team for Security, Terroristic Issues & Managing Emergencies*, centro di ricerca che fa capo al Dipartimento di Sociologia dell'università Cattolica di Milano. Ulteriore fattore di analisi è stato poi il livello di aggressività. Il *software* è stato “istruito” per estrarre i *tweet* più aggressivi, evidenziandone il livello di virulenza: la valutazione è stata orientata dalle categorie utilizzate dalla scala *MOAS (Modified Overt Aggression Scale)*”⁶⁹.

Per quanto attiene, da ultimo, la ragione per cui come *social network* sia stato selezionato proprio *Twitter*, sebbene ad oggi non sia più quello maggiormente utilizzato dagli utenti, si evidenzia che, da una parte, l'utilizzo dell'*hashtag* consente una più agevole selezione dei *tweet* da analizzare e, dall'altra, la possibilità di geolocalizzazione permette di evincere la provenienza geografica dei commenti, ulteriore aspetto che nella ricerca viene preso in considerazione.

⁶⁹ *Ibidem*.

Guardando brevemente ai dati relativi ad altri Paesi e ribadendo nuovamente che, purtroppo, non ci sono dati ufficiali sull'incidenza dei soli discorsi d'odio *online*, per quanto concerne la situazione della Francia dai 1.790 casi di crimini d'odio registrati dalle forze di polizia nel 2015 si è giunti nel 2019 a 2.640. Di questi 1.336 sono stati ricondotti a casi di razzismo e xenofobia (nel 2015 sono stati 739, nel 2017 882, nel 2018 913), 690 di antisemitismo (nel 2015 sono stati 715, nel 2017 311, nel 2018 sono tornati ad aumentare attestandosi a 588). 1.956 casi si sono concretizzati in minacce (nel 2015 il numero si attestava a 548, nel 2017 vi è stato un balzo a 1.037, nel 2018 a 1.354) e 127 in incitamento alla violenza⁷⁰.

I dati relativi alla Germania sono ancora più significativi. Nel solo 2019 i reati registrati come crimini d'odio dalle forze di polizia sono stati ben 8.585, un numero significativamente superiore rispetto a quello degli anni precedenti, essendosi comunque registrato un vero e proprio *exploit* tra il 2016 e il 2017 dove da 3.598 casi si è arrivati a 7.913. Il dato più consistente rimane quello delle condotte legate a razzismo e xenofobia (1.651, in calo rispetto agli precedenti dove erano stati 2.846 nel 2016, 1.860 nel 2017 e 1.955 nel 2018), seguite da antisemitismo (273, contro i 185 del 2016, 233 del 2017 e 307 del 2018) e omofobia (248, contro i 123 del 2016, 114 del 2017 e 139 del 2018). Le condotte concretizzatesi in minacce si sono attestate a 397 (in calo rispetto al 2018 e 2016 in cui erano state rispettivamente 430 e 522, in leggero aumento, invece, se confrontato con i numeri del 2017 in cui le minacce sono state quantificate in 354)⁷¹.

In Spagna tra il 2015 e il 2019 vi è stato un incremento costante dei crimini d'odio, passando da 1.328 casi nel 2015 a 1.706 nel 2019. Dato persistente è l'assoluta preminenza delle condotte razziste e xenofobe (515), seguite da quelle connesse all'orientamento sessuale e all'identità di genere (278). Il dato più esiguo è rappresentato dai casi di antisemitismo che si fermano a 5, in calo rispetto ai 9 casi del 2018 e ai 6 del 2017. Nessuna informazione ufficiale viene fornita relativamente alle modalità di estrinsecazione della condotta⁷².

Per quanto concerne il Regno Unito, i dati vengono forniti dall'*Home Office*, il dipartimento del Governo britannico deputato, tra l'altro, alla raccolta dei dati in materia di giustizia. Nel *report* pubblicato per il periodo 2019-2020 relativo ad Inghilterra e

⁷⁰ V. www.hatecrime.osce.org/france.

⁷¹ V. www.hatecrime.osce.org/germany.

⁷² V. www.hatecrime.osce.org/spain.

Galles⁷³ le condotte registrate come crimini d'odio dalla polizia sono state 105.090, con un incremento dell'8% rispetto a periodo 2018-2019. Si conferma l'assoluta preminenza dei crimini legati all'odio razziale (72%, in aumento del 6% rispetto al biennio precedente). I crimini commessi in ragione dell'orientamento sessuale della persona offesa sono aumentati del 19%, della disabilità del 9% e quelli commessi ai danni di soggetti *transgender* del 16%. Il numero così elevato di crimini d'odio registrato nel Regno Unito viene spiegato in dottrina adducendo come motivazione principale la presenza di un'attiva *hate crime policy* posta in essere a livello nazionale⁷⁴. È chiaro, quindi, che nell'analisi dell'incidenza dei crimini d'odio in un dato ordinamento l'adeguata formazione delle forze di polizia nonché la valutazione in termini di priorità del contrasto di questo particolare tipo di reati hanno un peso significativo.

Concludendo con il panorama statunitense, nell'ultimo *report* del *Federal Bureau of Investigation* relativo al 2019 si segnala il verificarsi di 7.103 reati motivati da pregiudizio che hanno coinvolto 8.552 vittime. Il 57,6% dei casi ha riguardato pregiudizi etnici e razziali, il 20% pregiudizi religiosi, il 16% pregiudizi connessi all'orientamento sessuale, il 2,7% all'identità di genere, il 2% alla disabilità e lo 0,9% al genere *tout court*. Tra i reati qualificati come crimini contro la persona la percentuale maggiore (40%) si è concretizzata in intimidazioni⁷⁵. In merito ai dati provenienti dagli Stati Uniti, si deve tenere presente che i medesimi sono ritenuti ampiamente sottostimati rispetto alla loro entità effettiva, se solo si pensa che i numeri sono significativamente più ridotti rispetto a quelli registrati nel Regno Unito pur essendo la popolazione cinque volte maggiore. La ragione di questo divario sta nel fatto che la rilevazione dei crimini d'odio negli Stati Uniti è su base volontaria, nel senso che i dati che vengono forniti e pubblicati dall'*FBI* sono frutto di rapporti resi facoltativamente dalle agenzie del controllo sociale formate a livello locale⁷⁶.

⁷³HOME OFFICE, *Hate Crimes, England and Wales, 2019-2020*, in www.homeoffice.gov.uk.

⁷⁴L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 47.

⁷⁵FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI), *Hate Crime Statistics 2019*, in www.fbi.gov.

⁷⁶L. GOISIS, *op. cit.*, 18.

4. Conclusioni

Al termine di questo primo capitolo si rendono necessarie alcune valutazioni conclusive attraverso una ricapitolazione dei principali profili prima esposti.

Innanzitutto, alla luce dell'indicazione dei dati statistici, si può affermare che quello dei crimini e dei discorsi d'odio rappresenti un fenomeno globale. Per utilizzare le parole del ricercatore britannico Iganski, «nonostante la diversità dei singoli Paesi, l'*hate violence* è un problema universale. Se questa viene intesa come una forma di violenza in cui la denigrazione dell'identità percepita di una persona, come la "razza", l'etnia, il genere, il credo religioso, l'orientamento sessuale, la disabilità o l'identità sessuale, assume rilevanza, allora l'*hate violence* può essere riscontrata in ogni società conosciuta del mondo. Se, poi, questa viene intesa non solo in termini di violenza fisica diretta, ma anche come "violenza delle parole", per utilizzare un'espressione coniata alcuni anni fa per indicare le minacce, gli insulti, gli epiteti e altre forme di denigrazione verbale e invettive cariche d'odio, allora l'*hate violence* ha sempre prevalso attraverso l'esistenza dell'umanità. Questo non significa che il grado di violenza connessa all'odio sia costante dal momento che ci sono stati luoghi e tempi in cui la pace e il rispetto per le differenze ha diffusamente superato la presenza di odio [...]. All'estremo opposto ci sono stati anche luoghi e tempi nella storia umana dove l'*hate violence* ha sopraffatto tutti i tentativi di sradicarla causando enormi danni»⁷⁷.

Nonostante ciò, si è visto che la ricostruzione del significato da attribuire alle nozioni di crimini e, ancor più, di discorsi d'odio è lungi dall'essere chiara.

Al di là delle singole definizioni già esaminate, tra cui spicca chiaramente, per i soli crimini d'odio, quella dell'OSCE, un'ulteriore dimostrazione di quanto questo problema sia avvertito dagli studiosi deriva dal fatto che nella dottrina penalistica e criminologica, ovvero di coloro i cui studi potrebbero essere assunti come riferimento da parte del legislatore, le definizioni che vengono fornite sono ancora più eterogenee. A tal proposito possono essere fatti due esempi: secondo Sheffield «la violenza basata sull'odio è motivata da fattori politici e sociali ed è supportata da sistemi di pensiero che tentano di

⁷⁷ P. IGANSKI, J. LEVIN, *Hate Crime. A Global Perspective*, New York-London, 2015, XIII.

legittimarla, il che rivela che tale violenza non è un insieme di incidenti isolati ma la conseguenza di una cultura politica che distribuisce diritti, privilegi e prestigio secondo caratteristiche biologiche o sociali»⁷⁸. Secondo Perry il crimine d'odio si identifica con atti violenti ed intimidatori generalmente rivolti verso gruppi già oggetto di marginalizzazione e stigmatizzazione riassumibili in un meccanismo di potere e di oppressione teso a riaffermare le precarie gerarchie che caratterizzano un dato ordine sociale⁷⁹. È evidente che tali definizioni, pur essendo sicuramente utili per riuscire a cogliere i tratti essenziali dei crimini e discorsi d'odio, non possano essere utilizzate certamente come punto di riferimento per l'enucleazione di eventuali fattispecie penali. Per questa ragione, ai fini del presente lavoro, si ritiene di dover condividere, sulla scia della dottrina dominante, la nozione di discorso d'odio che emerge dalla Raccomandazione di politica generale dell'ECRI prima citata, in quanto più recente intervento a livello sovranazionale e ampiamente accolta nel quadro normativo di diritto comparato.

Per quel che concerne l'ulteriore problema relativo all'individuazione della caratteristica protetta, è indubbio che ve ne siano di tradizionali ed indiscusse come la razza, l'etnia, la nazionalità e la religione (sono queste, per altro, quelle che vengono individuate dallo stesso legislatore italiano nelle fattispecie di cui all'art. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.), mentre altre sono ancora oggetto di dibattito, quali l'orientamento sessuale, il genere e la disabilità. Se, quindi, anche sotto questo profilo, non esistono indicazioni tassative e, conseguentemente, la scelta è rimessa al legislatore, si ritiene che vi siano, comunque, degli aspetti che da questo non possono essere tralasciati: innanzitutto, è chiaro che il legislatore è chiamato a confrontarsi con la realtà, astenendosi da un'astratta presa di posizione, verificando quelle che sono le caratteristiche cui nel nostro ordinamento storicamente e attualmente è connesso il verificarsi di reati riconducibili alla fattispecie dei discorsi d'odio.

In secondo luogo, ma in stretta connessione con quanto appena affermato, è evidente che la nozione di "caratteristica protetta" sia connotata da un'intrinseca dinamicità, venendone modificata la latitudine a seconda dei tempi e delle peculiarità dei singoli ordinamenti. Pertanto, volendo trovare un punto di sintesi su questo specifico

⁷⁸ C. SHEFFIELD, *Hate Violence*, in L. GOISIS, *op. cit.*, 27.

⁷⁹ B. PERRY, *A Crime by Any Other Name*, cit., 121.

profilo, se, come detto precedentemente, con la messa in atto di una condotta riconducibile alla categoria dei discorsi d'odio il soggetto agente mira a negare la sussistenza di uguaglianza e pari dignità in capo alla persona offesa e, in generale, al gruppo cui questa appartiene, e se si tiene presente il principio per cui la Costituzione rappresenta il referente al quale guardare per individuare gli interessi meritevoli di protezione, è chiaro che la disposizione che deve costituire punto di riferimento per il legislatore ai fini della selezione dei tratti e qualità protetti è l'art. 3 Cost. in base al quale "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Da ultimo, per quanto riguarda il motivo di pregiudizio, stante la difficoltà di accertare che la condotta sia stata sorretta proprio da tale motivo e non da uno differente e data la frequente constatazione della presenza di motivi misti, in dottrina è stato proposto un test avente una struttura molto simile a quella di un giudizio controfattuale: in altre parole, la domanda da porsi è se il reato sarebbe stato ugualmente commesso se la vittima non avesse presentato quella determinata caratteristica⁸⁰. È solo in caso di risposta negativa che si può affermare che la condotta sia qualificabile come *hate crime*; questo problema non si pone, invece, per i discorsi d'odio dove il pregiudizio emerge già dalle parole utilizzate. Paradossalmente, quindi, nonostante la fattispecie esaminata sia più complessa sotto diversi profili, per questo specifico aspetto l'accertamento risulta semplificato. Ciò non toglie che le incertezze circa l'eventuale comminazione di una sanzione penale riemergono, forse con ancora più vigore, nella necessità di stabilire se quanto espresso debba essere inteso come libera manifestazione del pensiero oppure come atto penalmente rilevante (sempreché, ovviamente, vi sia una fattispecie generale ed astratta in cui sussumerlo).

Infine, se in materia di crimini d'odio è stato icasticamente affermato che «l'unica cosa certa che si può affermare è che c'è poco che si possa dire con certezza»⁸¹, tale considerazione risulta ancora più calzante guardando al fronte specifico dei discorsi d'odio *online*. Le caratteristiche proprie del fenomeno contribuiscono, infatti, ad acuire ulteriormente le problematiche già riscontrate per la categoria generale di appartenenza

⁸⁰ F. M. LAWRENCE, *op. cit.*, 10.

⁸¹ P.B. GERSTENFELD, *Hate Crimes*, cit., 2.

dei medesimi e ad entrare in tensione con principi cardine del nostro ordinamento, quali, come detto, la libertà di manifestazione del pensiero. Il rischio di punire la mera espressione di convinzioni personali con conseguente lesione dell'art. 21 Cost., nonché dei principi penalistici di materialità ed offensività è molto elevato, imponendosi, dunque, al legislatore un'attività di riflessione e di bilanciamento degli interessi in gioco ancora più attenta, nel rispetto della posizione assunta sul tema nel contesto europeo, nonché dei più importanti arresti giurisprudenziali sovranazionali e nazionali.

CAPITOLO SECONDO

CENNI DI DIRITTO EUROPEO IN MATERIA DI DISCORSI D'ODIO *ONLINE*

1. Le cause dell'attenzione da parte dell'Europa in materia di diffusione dei discorsi d'odio *online* e l'approccio "integrato e multilivello"

Al fine di comprendere come la tematica dei rapporti intercorrenti tra discorsi d'odio *online* e diritto penale accomuni tutti gli ordinamenti che si interrogano sull'uso sempre più distorto delle tecnologie digitali e sui confini della libertà di manifestazione del pensiero, è opportuno fare una breve incursione nell'ambito del diritto europeo, stante la notevole attenzione che sulla regolamentazione dell'*hate speech* (anche *online*) esso ripone.

La dottrina che si è occupata di questi profili è solita prendere le mosse dal constatare la profonda differenza intercorrente tra l'ordinamento eurounitario e quello statunitense nel modo di concepire le potenzialità e i rischi connessi alla rete¹.

Il secondo viene esaminato soprattutto attraverso i contributi forniti dalla giurisprudenza della Corte Suprema, la quale tende a vedere in Internet un mezzo di comunicazione di massa unico nel suo genere² e idoneo a garantire la partecipazione quanto più ampia possibile degli utenti, anche grazie alla totale assenza di

¹ V. e multis O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista del diritto dei media*, 2018, 2 ss., dove si afferma che «la previsione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero al fine di evitare abusi ovvero bilanciarne l'esercizio con altri diritti, parimenti meritevoli di tutela costituzionale [...], rappresenta l'essenza del "DNA" europeo»; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Hate speech: una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 8 ss.; F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, 2017.

² Nella giurisprudenza americana si è soliti utilizzare l'espressione *marketplace of ideas*, comparsa per la prima volta nella sentenza *Schenck v. United States* e tratta dalla filosofia utilitarista di John Stuart Mill, secondo il quale la scoperta della verità sarebbe frutto di un processo empirico che si fonda su tentativi ed errori e che richiede, di conseguenza, l'assenza di qualunque forma di limitazione allo scambio di idee. Cfr. M. ROSENFELD, *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, 2003, 1533.

condizionamenti contenutistici³. La possibilità che, dunque, possa essere ammessa una repressione delle condotte riconducibili alla categoria dei discorsi d'odio diffusi tramite il *web* pare alquanto improbabile. A fondamento di questo assunto viene addotta la pronuncia *Reno v. American Civil Liberties Union*⁴ dove, dovendo giudicare sulla compatibilità con il Primo Emendamento della Costituzione americana di talune previsioni del *Communications Decency Act*, miranti a tutelare i minori dai contenuti osceni ed indecenti diffusi *online*, la Corte compie un'ampia disamina sulle origini e la storia di Internet, concepito come mezzo di estrinsecazione della vita democratica. Nonostante la tematica fosse particolarmente sensibile e generalmente fonte di orientamenti estremamente cauti da parte della giurisprudenza, la Corte concluse per la sussistenza di una violazione del dettato costituzionale, non prendendo in debita considerazione i possibili rischi connessi ad un uso improprio di suddetto mezzo e confermando una propensione marcatamente liberale⁵.

³ G. ZICCARDI, *La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in Quaderni costituzionali, 1998, 129-130.

⁴ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁵ L'unico contesto in cui la giurisprudenza statunitense va chiaramente in senso opposto è quello delle politiche di contrasto al terrorismo, tali da giustificare un significativo restringimento del *marketplace of ideas*, come dimostrato dalle sentenze *Holder v. Humanitarian Law Project* e *Mehanna*. Cfr. F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 2017, 48-52; M. MONTI, *Avvisaglie di un "maccartismo": il caso Mehanna e l'evoluzione (o involuzione?) della dottrina sulla libertà di espressione negli Stati Uniti*, 15 Ottobre 2014, in www.forumcostituzionale.it; J. C. KNECHTLE, *When to Regulate Hate Speech*, in *Dickinson Law Review*, 2006, 570; sulla potenziale tutela assoluta del *free speech online* C. O'REGAN, *Hate Speech Online: an (Intractable) Contemporary Challenge?*, in *Current Legal Problems*, 2018, 418. Non può tacersi neppure l'atteggiamento conciliante assunto dalla Corte in merito alle verifiche di compatibilità con il Primo Emendamento delle misure atte a reprimere la diffusione delle idee connesse alle teorie socialiste e comuniste; v. M. ROSENFELD, *op. cit.*, 2003, 1530, secondo il quale: «[...] *American protection of speech has been less extensive than official rhetoric or popular belief would lead one to believe. For example, although political speech has been wodely recognized as the mostworthy of protection, for much of the twentieth century, laws aimed at suppressing or criminalizing socialist and communist views were routinely upheld as constitutional*». A titolo di esempio si può richiamare la sentenza *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951), in cui la maggioranza della Corte non ritenne sussistente una violazione del Primo Emendamento in relazione alla condanna di alcuni leader del Partito Comunista, basando il proprio convincimento sulla presenza di un pericolo manifesto e attuale (*clear and present danger*) di rovesciamento violento del governo. L'aspetto più interessante della pronuncia concerne le due *dissenting opinions* di Justice Black e Douglas: il primo evidenziò come non fosse stato in alcun modo dimostrato che i ricorrenti avessero pianificato alcuna azione violenta contro il governo statunitense, né compiuto attività di propaganda attraverso la parola e gli scritti, basandosi piuttosto la condanna sul fatto che gli imputati si fossero accordati per riunirsi, discutere e diffondere pubblicamente le loro idee in un giorno successivo. Ancora più chiaramente il Giudice affermò che nel caso di specie «la Corte si è orientata in modo da restringere fortemente le protezioni accordate dal Primo Emendamento. Le opinioni favorevoli dimostrano come il motivo principale a sostegno del verdetto è la paura che la propugnazione della dottrina comunista metta in pericolo la sicurezza della repubblica [...]. C'è speranza che in tempi più quieti, quando le pressioni, le passioni e le paure presenti si placheranno, questa o qualche Corte successiva riporterà le libertà del Primo Emendamento al posto privilegiato cui appartengono in una società libera». Lungo la stessa scia Justice Douglas, secondo il quale: «Se questo fosse un caso in cui coloro che rivendicano la

L'ordinamento europeo (compreso il sistema afferente alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶) viene a collocarsi su una linea tendenzialmente opposta a questa, vedendo nella rete lo strumento che per eccellenza garantisce la rapida diffusione a livello globale di messaggi d'odio e di incitamento alla violenza e, di conseguenza, idoneo a determinare lesioni al godimento delle libertà e dei diritti fondamentali molto più significative rispetto a quelle derivanti dall'utilizzo di altri mezzi di comunicazione⁷.

Nell'interrogarsi sulla ragione per cui vi sia una prospettiva così differente tra Stati Uniti ed Europa, le risposte che generalmente vengono individuate sono due: in primo luogo, si fa leva sul carattere multiculturale della maggior parte delle società degli Stati membri dell'Unione Europea. La compresenza, all'interno di un medesimo territorio, di una grande varietà di etnie, religioni e stili di vita differenti sarebbe spesso all'origine di contrasti e attriti, se non di veri e propri scontri, tendenzialmente tra gruppi maggioritari e minoritari. Se è certamente vero che l'Europa non è uniforme sotto i profili anzidetti, sorge qualche perplessità sul fatto che questa possa dirsi effettivamente la ragione determinante per cui essa, al contrario degli Stati Uniti, ripone grande attenzione al contenimento della diffusione dei discorsi d'odio *online*. È, infatti, evidente che anche l'ordinamento statunitense è caratterizzato tanto dalla presenza di variegati gruppi sociali, etnici e religiosi, quanto da un clima di tensione e disprezzo nei confronti delle minoranze, storicamente cristallizzatosi nel mantenimento e giustificazione della schiavitù e nell'adozione di politiche segregazionistiche⁸. Volendo, dunque, individuare una

protezione ai sensi del Primo Emendamento insegnassero le tecniche del sabotaggio, l'assassinio del Presidente, il furto di documenti dagli archivi pubblici, il piazzamento di bombe, l'arte della guerra di strada, e simili, non avrei dubbi. La libertà di parola non è assoluta; l'insegnamento dei metodi del terrore e di altri comportamenti sediziosi dovrebbe appartenere all'area dell'oscenità e immoralità. Questo caso è stato discusso come se potesse essere annoverato tra quei fatti [...]. Ma nessuna prova del genere è stata presentata al processo». Altro argomento determinante di questa *dissenting opinion* fu l'assoluta esiguità di diffusione e condivisione delle teorie comuniste. In conclusione: «Come si possa affermare che esiste un pericolo manifesto e attuale è, quindi, un mistero [...]. È impossibile per me dire che i comunisti in questo Paese siano così potenti e così organizzati strategicamente da dover essere puniti per i loro discorsi».

⁶ Dei principali orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si farà cenno al cap. III, par. 2.6.

⁷ Per lo sviluppo di queste considerazioni v. le sentenze della Corte di Strasburgo *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel v. Ucraina*, 5 Agosto 2011, No. 33014/05, par. 63 e *Delfi v. Estonia*, 16 Giugno 2015, No. 64569/09, par. 110.

⁸ Non è un caso che la c.d. *Critical Race Theory*, una delle teorie più note in materia di origine e conseguenze legate al discorso razzista, si sia sviluppata e diffusa a partire dalla metà degli anni '80 proprio nel contesto statunitense. Tra i principi chiave di questa corrente di pensiero è posta l'idea che il razzismo sia il modo ordinario (e non straordinario) con cui la società americana intrattiene relazioni con le persone di colore, tanto da far assumere al razzismo stesso una portata endemica. Cfr. R. DELGADO, J. STEFANCIC, *Critical Race Theory. An Introduction*, New York – Londra, 2001, 7; G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, 288. Con la sentenza *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), la stessa Corte Suprema offrì copertura costituzionale alle politiche

correlazione tra composizione sociale e politiche in materia di *hate speech*, la stessa dovrebbe dirsi solo eventuale, non necessaria.

La seconda ragione addotta riguarda le tragiche vicende storiche che hanno interessato il continente europeo connesse, dapprima, all'avvento dei regimi totalitari e al clima di odio e di intolleranza che li alimentava e, poi, agli orrori dei campi di concentramento. Molto forte sarebbe, dunque, il timore che un atteggiamento di inerzia davanti all'evidente recrudescenza di questi climi nei confronti di una pluralità di gruppi minoritari possa favorire un ritorno al passato. L'Europa, più in generale, avrebbe assunto la consapevolezza che le atrocità commesse prima e durante la Seconda Guerra Mondiale non costituirebbero una tragica fatalità, ma la traduzione in atto, anche attraverso una efficiente macchina burocratica, di idee che serpeggiavano da secoli nel continente europeo⁹.

Che i fatti anzidetti abbiano scosso l'intera società e anche le cerchie dei giuristi, rappresentando un punto di non ritorno nella storia dell'umanità, è incontestabile. Questo profilo viene generalmente enfatizzato evidenziando che in una delle sentenze più famose e discusse della Corte Suprema Americana in materia di compatibilità con il Primo Emendamento di disposizioni penali che sanzionassero condotte riconducibili alla categoria dei discorsi d'odio¹⁰, un ruolo centrale nella ricostruzione del lungo ed altalenante dibattito interno al collegio sia stato giocato dalla *dissenting opinion* di Justice Jackson, nettamente in contrasto con la maggioranza e apertamente favorevole all'ammissione di limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero. Tale posizione,

segregazionistiche attraverso l'elaborazione della dottrina del "*separate but equal*". Più precisamente, secondo il collegio giudicante il fatto di imporre alle persone di colore di viaggiare su apposite carrozze ferroviarie senza poter accedere a quelle riservate alla popolazione bianca non avrebbe costituito violazione del Quattordicesimo Emendamento, laddove le strutture messe a disposizione risultassero sostanzialmente uguali, ancorché differenziate. L'unica opinione dissenziente fu espressa da Justice Harlan, il quale criticò fortemente la maggioranza in ragione della posizione formalistica da essa assunta, ritenendo evidente che le leggi della Louisiana, volte a tenere separati sui treni i viaggiatori bianchi da quelli neri, avessero come unico scopo quello di costringere i secondi a non "mescolarsi" con i primi.

⁹ Evocativa in tal senso la frase «I nazisti non hanno inventato il razzismo, essi lo hanno semplicemente messo in azione» in G. I. MOSSE, *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Bari, 2010, 247; in termini simili E. TRAVERSO, *La violenza nazista. Una genealogia*, Bologna, 2002, 12, secondo il quale descrivere l'Olocausto come un evento senza precedenti porti con sé il rischio di coglierne solo le modalità di realizzazione, ma non le origini.

¹⁰ Si fa riferimento alla sentenza *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949). I fatti da cui la vicenda processuale ha tratto origine riguardavano l'organizzazione di un convegno da parte dei *Christian Veterans of America* durante il quale gli ebrei vennero appellati come viscida feccia (*slimy scum*) e sporchi giudei (*dirty kikes*) e l'imputato, leader del gruppo estremista, incitò ad uccidere gli esponenti di alcune minoranze con frasi del seguente tenore: «Gli ebrei e i negri dovrebbero essere eliminati», «Gli ebrei sono tutti assassini. Se non gli uccidiamo prima noi, lo faranno loro». *Ivi*, par. 3.

distante da una tradizione più marcatamente liberale, viene letta alla luce del ruolo che il giudice aveva ricoperto nel Processo di Norimberga in qualità di *Chief Prosecutor*. Egli, cioè, aveva avuto modo di verificare in prima persona che cosa avesse provocato in Europa l'ideologia nazista, affermatasi, prima ancora che con atti concreti, tramite il sapiente utilizzo dell'oratoria pubblica¹¹.

A ben vedere, tuttavia, si potrebbe ribattere che anche gli Stati Uniti abbiano conosciuto fatti storici tragici legati all'odio e all'intolleranza senza che questo abbia portato ad una compressione delle tutele garantite dal Primo Emendamento in materia di libertà di espressione. Se questo è vero, osservando una giurisprudenza che, a voler essere pienamente trasparenti, non è comunque granitica¹² in relazione alle fattispecie di discorsi d'odio su cui si è deciso di concentrare l'attenzione nel presente approfondimento, non può dirsi lo stesso rispetto ad un'altra ipotesi di *hate speech*, ovvero quello di matrice terroristica. Anzi, dopo l'attacco alle Torri Gemelle dell'11 Settembre 2001, le strategie di contrasto alla diffusione di questo tipo di discorsi anche tramite il *web* sono andate sempre più acuendosi.

Il medesimo atteggiamento è stato riscontrato in merito alle attività di propaganda socialista e comunista¹³. Ecco che quelle riflessioni sull'individuazione di possibili limiti alla libertà d'espressione che secoli di discriminazioni non sono riusciti a far emergere, rompono gli argini del dibattito politico e giuridico nel momento in cui o viene colpito un simbolo degli Stati Uniti o si assumono minacciati i fondamenti ideologici e culturali della società americana, producendo quello stesso effetto paralizzante che in Europa ha

¹¹ P. SCHMIDT, "The Dilemma to a Free People": Justice Robert Jackson, Walter Bagehot, and the Creation of a Conservative Jurisprudence, in *Law and History Review*, 2002, 532; in particolare il Giudice avrebbe cercato di "richiamare alla realtà" i colleghi, eccessivamente ancorati ad interpretazioni formalistiche del dettato di diritto positivo e, conseguentemente, esposti al rischio di cadere in un pozzo nell'atto di osservare le stelle (nel testo della sentenza, al paragrafo 33: «An old proverb warns us to take heed lest we "walk into a well from looking at the stars"»). Di seguito si legge: «La scelta non è tra ordine e libertà. È tra la libertà con ordine e l'anarchia senza di esso. C'è il pericolo che, se la Corte non dovesse temperare la sua logica dottrinarica con un po' di saggezza pratica, si vada a trasformare il *Bill of Rights* in un patto suicida». Ancora più evocativo il paragrafo 74 dove il Giudice chiama espressamente in gioco le conseguenze della propaganda nazista: «Hitler ha messo in atto la strategia della manifestazione di massa utilizzata sia dal fascismo che dal comunismo [...]. Dapprima derisa come uno stravagante modo di esprimersi, la battaglia per le strade è diventata una tragica realtà quando una *Sturmabteilung* organizzata ha iniziato a dare una traduzione pratica allo slogan "il possesso delle strade è la chiave del potere nello Stato"».

¹² G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, 1958; M. ROSENFELD, *op. cit.*, 2003, 1530.

¹³ Per entrambi i profili si rimanda alla nota 5 del presente paragrafo.

provocato l'orrore dei campi di concentramento e, conseguentemente, assottigliando le differenze con questa¹⁴.

Conclusa, in un'ottica comparatistica, questa breve analisi su quelle che sono le principali ragioni che hanno portato ad una così rilevante attenzione dell'ordinamento europeo alla diffusione dei discorsi d'odio *online* e prima di esaminare gli interventi strettamente attinenti alla materia penalistica, pare indispensabile mettere in evidenza che le istituzioni europee, pur riservando al diritto penale un peso di primo piano, adottano una strategia che è stata definita "integrata e multilivello"¹⁵. Con questa espressione si vuole intendere che, accanto alla definizione di misure volte a reprimere le condotte individuali, numerose sono le iniziative tese a raggiungere scopi ulteriori, quali il monitoraggio e la mappatura del fenomeno in esame, la diffusione di una cultura della tolleranza e di consapevolezza circa natura ed effetti dei discorsi d'odio e, da ultimo, la sensibilizzazione dei principali attori dell'informazione sul ruolo che questi sono in grado di ricoprire nella veicolazione di messaggi opposti rispetto a quelli su cui si radica l'*hate speech*. Il principio insito in questo *modus operandi* consiste, quindi, nell'affermare che, prima ancora del ricorso a strumenti di natura repressiva, è fondamentale creare una solida rete di natura culturale che coinvolga ogni esponente della società, dal "semplice" utente del *web* fino alle figure di rilievo pubblico¹⁶.

Al fine di concretizzare quanto appena affermato, possono essere riportati alcuni esempi: tra gli apparati istituzionali rilievo centrale è assunto dall'*European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), creata nel 1993 dal Consiglio d'Europa e attualmente composta da 47 membri selezionati in base a requisiti di indipendenza,

¹⁴ M. MONTI, *op. cit.*, 8, secondo il quale: «la situazione emergenziale e il *war time*, come si rileva nella storia americana, oltre al ricordo delle tragedie causate dal fanatismo jihadista, contribuiscono certamente a creare una percezione sociale che permette di derogare al regime della libertà di parola [...]. Il clima giurisprudenziale e legislativo sembra dunque precostituire condizioni favorevoli alla riproposizione di un approccio analogo a quello già storicizzato del "maccartismo", che comporta l'esclusione dal panorama politico di una specifica ideologia».

¹⁵ I. GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'online hate speech*, in Jus, 2017, 510.

¹⁶ Questo è il nucleo della Raccomandazione (97) 21 che, ponendosi in un'ottica proattiva rispetto alla Raccomandazione (97) 20 di cui si dirà a breve, suggerisce l'attuazione di programmi di formazione destinati ai futuri professionisti del settore dei *media* sui temi e problemi del multiculturalismo, tolleranza ed intolleranza, nonché la predisposizione programmi di azione o iniziative pratiche per la promozione di una cultura dell'inclusione. Le emittenti, in particolare quelle pubbliche, vengono incoraggiate ad elaborare un'adeguata offerta di programmi, anche nelle fasce orarie con maggiori ascolti, che aiutino a promuovere l'integrazione di tutti gli individui, gruppi e comunità. È, infine, raccomandata l'adozione di codici di condotta che vietino la discriminazione e incentivino la messa in onda di campagne pubblicitarie che promuovano la tolleranza.

imparzialità ed esperienza nelle materie di competenza della Commissione. I compiti che ad essa sono affidati risultano molteplici: provvede allo svolgimento di attività di controllo sui singoli ordinamenti relativamente all'efficienza ed efficacia degli impianti normativi da questi predisposti per il contrasto di intolleranza e discriminazioni, dà conto degli esiti di questi controlli attraverso report pubblicati periodicamente, rivolge raccomandazioni di politica generale agli Stati su come migliorare ed implementare la legislazione interna¹⁷ e, infine, collabora con diverse organizzazioni di rilievo internazionale nell'organizzazione di tavole rotonde e conferenze.

Da menzionare è, poi, l'elaborazione di un Manuale per il contrasto dell'odio *online* e l'organizzazione di una conferenza tenutasi a Budapest sullo stesso tema. Riguardo al primo, il progetto è stato sostenuto a partire dal 2016 dal Consiglio d'Europa, con l'intento di far confluire in un unico testo il frutto del lavoro svolto dai partecipanti alla campagna *No Hate Speech Movement*, lanciata dal Consiglio stesso il 22 Marzo 2013. Essa era stata organizzata in due fasi: la prima, protrattasi fino al 2015, dedicata alla diffusione di consapevolezza sul tema, alla promozione di un cambiamento delle abitudini di interazione *online* e al coinvolgimento nel progetto dei giovani; la seconda focalizzata sulle possibili strategie educative e preventive da mettere in campo¹⁸. Ciò che realmente colpisce di questo manuale è il fatto che esso sia stato elaborato con il supporto di persone di età scolare e mediante l'utilizzo di un approccio didattico, un *unicum*, quindi, se si considera che l'attività è stata supervisionata dal Consiglio d'Europa stesso e che le fonti disponibili in materia di discorsi d'odio generalmente o sono destinate ad un pubblico avente una formazione giuridica oppure risultano frutto della libera iniziativa di associazioni e attivisti senza l'avvallo e l'appoggio delle autorità.

L'aspetto più interessante della seconda iniziativa è rappresentato dall'aver individuato quale filo rosso di tutti gli interventi le parole indegnità, indifferenza ed

¹⁷ Tra le raccomandazioni adottate negli anni, ai fini del presente approfondimento non può non essere menzionata la Raccomandazione n. 15/2015: in essa un'attenzione specifica è dedicata all'importanza della valorizzazione del ruolo dei diversi strati della società civile nell'attività di sensibilizzazione del grande pubblico sull'importanza del rispetto del pluralismo. Tra le misure utili per raggiungere questo obiettivo viene citata, ad esempio, la predisposizione di programmi educativi specifici per i bambini e i giovani, il rafforzamento delle competenze dei docenti e degli educatori e l'incoraggiamento di reazioni tempestive soprattutto da parte di *leader* politici nella condanna dei discorsi d'odio e nel rafforzamento dei valori per i quali essi costituiscono una minaccia. Gli Stati, inoltre, vengono incoraggiati a predisporre adeguati strumenti per fornire un supporto individuale e collettivo alle persone vittime dei discorsi d'odio e sostenere l'autoregolamentazione delle istituzioni pubbliche e private tra cui partiti politici ed istituzioni educative.

¹⁸ E. KEEN, M. GEORGESCU, *A manual for combating hate speech online through human rights education*, 2016, in www.coe.int.

indignazione: il messaggio che tramite questo evento si è voluto trasmettere è che impegnare tempo e risorse in un'efficace campagna contro l'incitamento all'odio potrebbe portare ad instillare negli indifferenti un sentimento di indignazione e, dunque, ad una maggiore propensione a manifestare solidarietà nei confronti delle vittime, considerate dei soggetti indegni di esistere da parte degli "odiatori del web". Per il raggiungimento di questo obiettivo due sono le strategie che vengono segnalate maggiormente meritevoli di attenzione: innanzitutto, dovrebbero essere gli stessi *leader* politici a contribuire alla tutela delle minoranze. Questo suggerimento è stato fondato sugli esiti di uno studio olandese sull'atteggiamento del pubblico nei confronti della diversità: esso avrebbe dimostrato che, tra i soggetti sottoposti all'indagine, coloro che si dichiaravano più propensi ad atteggiamenti conservatori presentavano più facilmente condotte fondate sul pregiudizio, ma allo stesso tempo dimostravano una maggiore propensione alla tolleranza nel caso in cui un personaggio politico del partito da loro sostenuto si fosse espresso a favore del pluralismo culturale¹⁹.

Dall'altro lato, un ruolo altrettanto importante viene attribuito ai *media*, responsabili della diffusione delle informazioni all'interno della società: quanto più essi si dovessero impegnare nella selezione di modalità di narrazione degli eventi volte alla costruzione di una cultura della tolleranza e alla formazione di un pensiero critico, tanto più ci si dovrebbe aspettare che l'incidenza dei discorsi d'odio diminuisca. Tra gli esempi più significativi di dinamiche informative "virtuose" viene riportata la seguente: nel 2007 in Norvegia, mentre era in corso la discussione su una nuova legge in materia di immigrazione, alcuni giornalisti dell'*Aftenposten*, giornale tra i più conosciuti e letti nel Paese, decisero di denunciare l'immigrazione clandestina come un calvario anziché come un crimine (evitando così di diffondere l'associazione clandestino-criminale), evidenziando soprattutto le terribili condizioni di vita che adulti e bambini erano costretti a sopportare. In un ulteriore servizio si impegnarono a contestare la narrazione secondo cui i rifugiati somali, contro i quali si concentrava la maggior parte delle manifestazioni di intolleranza, non avrebbero potuto essere integrati, ricevendo per questo un riconoscimento da *Amnesty International*²⁰.

¹⁹ R. WILSON, *Report of the conference "Tackling hate speech: Living together online"*, Budapest, 27-28 Novembre 2012, 5, in www.hub.coe.int.

²⁰ A. WHITE, *To Tell You the Truth: The Ethical Journalism Initiative*, Bruxelles, *International Federation of Journalist*, 2008, 5.

Dal complesso di indicazioni così riassunte, il monito che l'ordinamento europeo pare destinare agli Stati membri è chiaro: una strategia di contrasto all'odio, anche *online*, che possa definirsi attenta ed efficace non può ridursi alla predisposizione di norme di natura repressiva, in quanto il fenomeno in questione rappresenterebbe un problema culturale, prima ancora che giuridico. L'assunzione di una simile prospettiva consentirebbe, inoltre, di attuare una generale responsabilizzazione della società, partendo dai contesti di formazione ed informazione fino ad approdare a quello politico. Moniti che, ad oggi, sembrano non essere stati ancora pienamente interiorizzati dal nostro ordinamento in cui, per fare menzione del solo settore dei *media*, figurano mere indicazioni di principio cristallizzate agli articoli 3 e 32 comma 5 del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (cd. Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici)²¹, rimettendo la predisposizione di interventi più organici all'iniziativa dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²², al Codice deontologico dell'ordine dei giornalisti e al Testo unico dei doveri del giornalista²³.

²¹ L'art. 3 afferma: "Sono principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia [...] l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose e la salvaguardia delle diversità etniche [...] nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona [...] garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali". L'art. 32 comma 5 stabilisce: "I servizi di media audiovisivi prestati dai fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana rispettano la dignità umana e non contengono alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità". L'art. 2 del decreto specifica che il medesimo non si applica ai siti *Internet* privati e ai servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse, nonché ai siti *Internet* che contengono elementi audiovisivi puramente accessori, come elementi grafici animati, brevi spot pubblicitari o informazioni relative a un prodotto o a un servizio non audiovisivo e, ancora, alle versioni elettroniche di quotidiani e riviste.

²² Ci si riferisce alla delibera n. 157/19/CONS del 15 Maggio 2019 con cui è stato elaborato un regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'*hate speech*.

²³ L'art. 9 rubricato "Tutela del diritto alla non discriminazione" recita: "Nell'esercitare il diritto-dovere di cronaca, il giornalista è tenuto a rispettare il diritto della persona alla non discriminazione per razza, religione, opinioni politiche, sesso, condizioni personali, fisiche o mentali". All'art. 5-*bis* del Testo unico dei doveri del giornalista si legge: "Nei casi di femminicidio, violenza, molestie, discriminazioni e fatti di cronaca, che coinvolgono aspetti legati all'orientamento e all'identità sessuale, il giornalista: a) presta attenzione a evitare stereotipi di genere, espressioni e immagini lesive della dignità della persona; b) si attiene a un linguaggio rispettoso, corretto e consapevole. Si attiene all'essenzialità della notizia e alla contenenza. Presta attenzione a non alimentare la spettacolarizzazione della violenza. Non usa espressioni, termini e immagini che sminuiscano la gravità del fatto commesso; c) assicura, valutato l'interesse pubblico alla notizia, una narrazione rispettosa anche dei familiari delle persone coinvolte". Da ultimo all'art 7 del medesimo Testo: "Il giornalista nei confronti delle persone straniere adotta termini giuridicamente appropriati seguendo le indicazioni del «Glossario», allegato al presente documento, evitando la diffusione di informazioni imprecise, sommarie o distorte riguardo a richiedenti asilo, rifugiati, vittime della tratta e migranti".

2. Le disposizioni sul contrasto all'odio *online* attraverso lo strumento del diritto penale

Chiarito che l'attenzione dell'ordinamento europeo sul fenomeno della diffusione dei discorsi d'odio specialmente tramite il *web* va oltre la predisposizione di misure di natura repressiva, scopo del presente paragrafo è quello di esaminare la Raccomandazione (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e il Protocollo addizionale alla Convenzione sul *cybercrime* che, attualmente, rappresentano i due interventi che più direttamente riguardano la materia penalistica.

2.1. La Raccomandazione (97)20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa

Come anticipato, primo atto da analizzare è la Raccomandazione (97)20 adottata il 30 Ottobre 1997 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, definita come uno dei concreti risultati delle attività di coordinamento intergovernativo nel settore dei *media* condotte tra il 1995 e il 1996²⁴. Trattasi di un testo estremamente significativo poiché, oltre a contenere una definizione dell'espressione *hate speech*, fornisce anche precise indicazioni su quale sia il quadro normativo, anche internazionale, entro il quale il Comitato ha inserito il proprio intervento.

Prendendo le mosse da questi ultimi profili, in primo luogo viene fatto riferimento alla Dichiarazione di Vienna del 9 Ottobre 1993 dove, fin dal principio, si sancisce l'assoluta priorità per la comunità internazionale della promozione e protezione dei diritti umani che discendono dalla dignità e dal valore della persona come soggetto centrale delle libertà fondamentali, nonché la responsabilità di tutti gli Stati, in conformità con la

²⁴ Cfr. *Explanatory memorandum to Recommendation No. (97) 21 of the Committee of Ministers to member states in the media and the promotion of a culture of tolerance*, 30 Ottobre 1997, par. 1, in www.coe.int. Nonostante si tratti di un documento riferito alla Raccomandazione (97) 21 e non alla (97) 20 ora in esame, come detto nella nota 15 del paragrafo precedente, esse sono tra loro strettamente collegate, intervenendo la prima in un'ottica proattiva e la seconda in una repressiva.

Carta delle Nazioni Unite, nello sviluppare ed incoraggiare il rispetto di tali diritti e libertà senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione. Questa dichiarazione trae origine dalla preoccupazione maturata per la recrudescenza di fenomeni di razzismo, xenofobia e antisemitismo, la diffusione di un clima di intolleranza e l'incremento di atti violenti diretti ai danni soprattutto di migranti, nonché per il propagarsi di nuove manifestazioni di xenofobia attraverso aggressive politiche di nazionalismo ed etnocentrismo. Questi fenomeni, secondo i capi di Stato e di Governo, minaccerebbero le società democratiche e i loro valori fondamentali²⁵. Centrale, in tal senso, all'interno della Dichiarazione il punto numero 15: "Il rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali senza alcuna distinzione è una regola fondamentale del diritto internazionale dei diritti umani. L'immediata e completa eliminazione di tutte le forme di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e relativa intolleranza è un obiettivo prioritario della comunità internazionale. I governi dovrebbero assumere effettive misure per prevenire e combattere tali fenomeni. È urgente che i gruppi, le istituzioni, le organizzazioni intergovernative e non-governative, gli individui intensifichino i loro sforzi nella cooperazione e nel coordinamento delle proprie attività contro questi mali".

Nella Parte II si dedica un apposito capo ai temi dell'uguaglianza, dignità e tolleranza richiamando l'attenzione degli Stati sulla necessità di eliminare ogni forma di razzismo e di discriminazione razziale, le dottrine fondate sulla superiorità e l'esclusività razziale, l'intolleranza e la violenza basata sulla religione o sul credo, tutte le forme di discriminazione e di violazione dei diritti fondamentali delle donne e delle persone disabili "dove necessario, per mezzo della promulgazione di una legislazione appropriata che includa sanzioni penali e per mezzo della costituzione di istituzioni nazionali volte a combattere tali fenomeni".

Nel Piano di Azione, approvato assieme alla Dichiarazione al termine del Congresso di Vienna, al Paragrafo 5 si richiama l'attenzione dei *media* sull'importanza di segnalare e commentare gli atti di razzismo e intolleranza in modo responsabile e veritiero e di sviluppare codici etici che riflettano questi principi²⁶.

²⁵ *Idem*, par. 3.

²⁶ L'idea che i *media* possano costituire un utile strumento per stimolare l'opinione pubblica alla discussione sui temi dell'intolleranza verso le minoranze e combattere i pregiudizi razziali e xenofobi è stata espressa anche nella Raccomandazione 1277 (1995) dell'Assemblea parlamentare sui migranti, le minoranze etniche e i *media*.

Altro richiamo significativo è quello alla Dichiarazione sul ruolo dei Media in una Società democratica adottata nel corso della quarta Conferenza Ministeriale Europea sulle Politiche dei Mass Media. In particolare nella Risoluzione n. 1 Parte II dedicata ai requisiti propri del servizio pubblico si conferma, ancora una volta, la linea secondo la quale gli Stati membri concordano sulla necessità di rendere i programmi pubblici un fattore di coesione sociale e di integrazione di tutti gli individui, gruppi e comunità, rigettando ogni forma di discriminazione culturale, sessuale, religiosa o razziale e ogni forma di segregazione sociale.

Da ultimo, la Raccomandazione (97)20 rimanda alla Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale in cui assume un rilievo centrale l'art. 4: "Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed organizzazione che s'ispiri a concetti e a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'art. 5 della presente Convenzione, ed in particolare: a) a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, così come ogni aiuto portato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento; b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività; c) a non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale".

Considerato il quadro normativo che il Consiglio dei Ministri ha assunto come punto di riferimento, resta ora da vagliare il contenuto della Raccomandazione in esame: data, al Principio n. 1, la definizione di *hate speech* che si è già avuto modo di indicare²⁷,

²⁷ V. cap. I, par. 2.

al Principio n. 2 si invitano i governi degli Stati membri ad introdurre o mantenere un solido quadro giuridico costituito da disposizioni di diritto civile, penale e amministrativo in materia di incitamento all'odio che consenta alle autorità amministrative e giudiziarie di conciliare, in ogni caso, il rispetto della libertà di espressione con il principio di tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali. A questo scopo gli Stati membri dovrebbero:

esaminare modi e mezzi per incentivare e coordinare la ricerca sull'efficacia della legislazione e della prassi giuridica esistente;

rivedere il quadro giuridico vigente al fine di garantire che si applichi in modo adeguato ai nuovi *media*, servizi di comunicazione e *network*;

sviluppare una coordinata politica di azione penale basata su linee guida nazionali nel rispetto dei principi enunciati nella Raccomandazione;

aggiungere l'esecuzione di lavori socialmente utili tra le possibili sanzioni penali;

incrementare la possibilità di combattere l'incitamento all'odio attraverso il diritto civile, ad esempio consentendo alle organizzazioni non governative di avviare delle cause per ottenere il risarcimento del danno a favore delle vittime;

fornire al pubblico e ai *media* informazioni sulle disposizioni legali che si applicano all'incitamento all'odio.

Ai Principi n. 3 e 5 si richiama la necessità di conciliare gli obiettivi appena visti con la libertà di manifestazione del pensiero nel rispetto dei principi di legalità, determinatezza, tassatività e proporzionalità, rimettendo il controllo sull'eventuale limitazione o interferenza con la libertà di espressione ad un organo giudiziario indipendente.

Al Principio successivo si precisa, tuttavia, che ogni forma di incitamento all'odio volta alla negazione dei diritti e delle libertà sanciti nella Convenzione dei diritti dell'uomo deve essere considerata estranea alla protezione offerta dall'articolo 10 della Convenzione medesima.

Al Principio n. 6 si evidenzia la necessità che i corpi normativi elaborati in materia di discorsi d'odio tengano conto del ruolo dei *media* nella comunicazione di informazioni e idee che esponano, analizzino e spieghino il fenomeno dell'*hate speech*, nonché del diritto del pubblico a ricevere tali informazioni ed idee tenendo separati i profili di responsabilità dell'eventuale autore di espressioni di incitamento all'odio e quelli dei

media. In attuazione di questo principio, il diritto e le prassi nazionali dovrebbero considerare che:

le attività di *report* di episodi di razzismo, xenofobia, antisemitismo o altre forme di intolleranza sono pienamente tutelate dall'art. 10 par. 1 CEDU e possono essere ostacolate solo alle condizioni stabilite dal par. 2 del medesimo articolo;

le limitazioni alla libertà di espressione devono essere conformi ai principi sanciti all'art. 10 CEDU come interpretato dalla Corte EDU tenuto conto, tra l'altro delle modalità, del contenuto, del contesto e delle finalità dell'attività di *report*;

il rispetto dei principi in materia di informazione giornalistica implica che non spetta ai tribunali o alle autorità pubbliche imporre criteri in merito alle tecniche di *report* che devono essere adottati dai giornalisti.

Il contenuto del Principio in esame è stato ispirato da un'importante sentenza resa dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo relativa ad una vicenda giudiziaria danese²⁸: il caso riguardava la condanna di un giornalista e del responsabile di un programma televisivo, particolarmente seguito in Danimarca, per aver questi favorito la diffusione di idee razziste e xenofobe di un gruppo denominato *Greenjackets* attraverso la messa in onda di un'intervista di tre giovani facenti parte dell'organizzazione stessa. All'interno del testo della sentenza vengono anche riportate alcune delle frasi più significative pronunciate nel corso di questa intervista, utili per comprendere l'impatto che la medesima ebbe sull'opinione pubblica: «I negri non sono esseri umani, sono animali. Le persone dovrebbero poterli usare come schiavi. Guarda l'immagine di un gorilla e poi guarda un negro: sono uguali! Hanno lo stesso comportamento, fanno gli stessi movimenti. È per questo che penso che quello che fa il Ku Klux Klan sia giusto», o ancora «Vengono qui e intaccano la nostra società. Noi abbiamo già abbastanza problemi per ottenere i nostri benefici sociali, loro vengono qua e li ottengono. Cose del genere non possono essere giuste, la Danimarca è dei danesi, giusto?»²⁹.

Nella sentenza della Corte Suprema danese di rigetto del ricorso promosso dagli imputati si evince che la maggioranza dei giudici sostenne che la condotta non potesse essere giustificata sulla base del principio di libertà di espressione e della volontà di

²⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Jersild v. Denmark*, 23 Settembre 1994, No. 15890/89; la vicenda viene citata anche in T. MCGONAGLE, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, 2012, in www.rm.coe.int.

²⁹ Corte EDU, cit., par. 11.

favorire il dibattito sul fenomeno del razzismo in Danimarca, avendo, al contrario, quell'intervista favorito la diffusione di un clima di odio ed intolleranza nei confronti delle minoranze etniche.

Secondo la Corte EDU, invece, in questo caso sarebbe stato violato il principio di libertà di manifestazione del pensiero come disciplinato dall'art. 10 della CEDU sia perché non era stata fornita prova sufficiente del fatto che la limitazione di tale diritto presentasse il carattere della necessità richiesto dalla disposizione convenzionale, sia perché non si era presa in considerazione la peculiare posizione ricoperta dai due imputati che, in quanto giornalisti, sarebbero stati protetti dal *Media Liability Act* danese del 1991.

Riassumendo i profili di maggiore interesse di questa Raccomandazione si può affermare che: l'Unione risulta particolarmente consapevole di come il fenomeno dei discorsi d'odio debba vedere in azione tanto il diritto penale, quanto quello civile ed amministrativo; nella predisposizione delle sanzioni penali occorrerebbe tenere presente la possibilità di utilizzare pene diverse da quella detentiva³⁰; il contenimento della diffusione dei discorsi d'odio non può ledere il diritto del pubblico ad essere informato sui fenomeni di razzismo e xenofobia, dovendosi, quindi, trovare un adeguato bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero anche nella sua componente passiva; accanto alle misure di tipo giuridico devono essere predisposti interventi di tipo istituzionale per sensibilizzare chi è impiegato nel settore dei media e dei mezzi di comunicazioni telematici sul ruolo che questi possono avere nel contrasto ai discorsi d'odio.

Colpisce, inoltre, il fatto che, tra le prime indicazioni che vengono fornite, si sollecitino gli Stati a predisporre apposite discipline (o ad adattare quelle esistenti) per il contrasto della diffusione dei discorsi d'odio attraverso il web. Elemento questo da non sottovalutare se si considera che la Raccomandazione in commento è stata approvata nel 1997, ovvero in un momento storico in cui non era ancora maturata una piena consapevolezza circa i rischi connessi ad un utilizzo incontrollato della rete, a maggior ragione se si tiene conto, come si vedrà, del fatto che la prima Convenzione in materia di crimini informatici è stata predisposta solo quattro anni dopo.

³⁰ Cfr. cap. III, par. 4 per un'analisi più approfondita dei modelli sanzionatori utilizzabili.

Significativo, da ultimo, che il Consiglio abbia ricollegato la fattispecie di *hate speech* ad una lesione della dignità umana e dei diritti fondamentali delle persone e non di interessi differenti, quali l'ordine e l'incolumità pubblica³¹.

Alla luce di quanto sopra riportato, non può che suscitare perplessità la scarsa considerazione che la dottrina, occupatasi della tematica in esame, ha riposto su questa Raccomandazione, la quale è generalmente citata solo in relazione alla definizione di discorso d'odio fornita al Principio I. In conclusione, volendo, invece, dare conto del perché questo apporto del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dovrebbe godere di maggiore attenzione, si può dire che esso ha anticipato molte delle conclusioni cui *in primis* l'Europa e, poi, i singoli Stati sono giunti anche a distanza di tempo significativo³², dimostrando un'apprezzabile consapevolezza della complessità delle tematiche affrontate in anni di tendenziale sottovalutazione del problema.

2.2. Il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica

Altro testo normativo da considerare è il Protocollo addizionale alla Convenzione in materia di *Cybercrime*³³, entrato in vigore a livello internazionale nel Marzo 2006 e riguardante la criminalizzazione di atti aventi natura razzista o xenofoba commessi attraverso la rete. Chiarito all'art. 1 che lo scopo del Protocollo è quello di completare le previsioni della Convenzione con disposizioni focalizzate su questa specifica materia, all'art. 2 si puntualizza che per «materiale razzista e xenofobo» si intende ogni scritto, immagine o altra rappresentazione di idee o teorie che invochino, promuovano o incitino

³¹ V. per un approfondimento più ampio di questi profili il cap. III, par. 2.2.

³² Si pensi, ad esempio, al fatto che attualmente l'Italia non ha ancora una disciplina specificamente destinata al contrasto della diffusione dell'odio *online*, trovando, come si vedrà nel prossimo capitolo, l'art. 604-*bis* un'applicazione anche per le condotte poste in essere nella rete solo grazie ad interventi chiarificatori da parte della giurisprudenza dei confini applicativi della fattispecie.

³³ Tale Convenzione rappresenta il primo accordo internazionale concernente i crimini commessi attraverso Internet o altre reti informatiche. L'accezione di «reato informatico» in essa accolta risulta molto ampia perché vi sono ricompresi tutti i reati che siano in qualunque modo commessi attraverso l'ausilio di uno strumento informatico e quelli di cui si debbano o possano raccogliere prove in forma elettronica.

l'odio, la discriminazione o la violenza contro qualunque individuo o gruppo in base alla razza, colore, discendenza od origine etnica e religione.

Il Capitolo II è dedicato alle misure da adottare a livello nazionale. Riassumendo, ogni parte:

deve predisporre misure di natura legislativa (e non) per prevedere come reato le condotte di distribuzione o messa a disposizione di materiale razzista e xenofobo al pubblico attraverso lo strumento della rete, se queste condotte sono commesse intenzionalmente;

può riservarsi di non prevedere l'insorgere di responsabilità penale in caso di messa in atto delle condotte anzidette se il materiale razzista e xenofobo invoca, promuove o incita alla discriminazione senza che sia associata all'odio e alla violenza, dovendo comunque introdurre dei rimedi di contrasto efficaci;

può riservarsi di non prevedere sanzioni penali nei casi di discriminazione per i quali, in ragione dei principi stabiliti nell'ordinamento interno in materia di libertà di espressione, non possono essere adottati altri rimedi efficaci;

deve predisporre misure che qualifichino come reato le condotte consistenti nella minaccia, messa in atto attraverso un sistema informatico, di commettere un reato grave come definito dal diritto interno oppure nella pubblica ingiuria contro le singole persone in quanto appartenenti ad un gruppo oppure contro un gruppo distinto per razza, colore, discendenza, origine nazionale o etnica e religione;

in materia di pubblica ingiuria attraverso uno strumento informatico, può esigere che la condotta abbia l'effetto di esporre la persona o il gruppo di persone all'odio e al disprezzo oppure riservarsi di non criminalizzare in tutto o in parte la condotta;

deve adottare misure che qualifichino come reato le condotte di distribuzione o di messa a disposizione a favore del pubblico di materiali che neghino, minimizzino gravemente, approvino o giustifichino i genocidi e i crimini contro l'umanità come definiti dal diritto internazionale, potendo richiedere che tali condotte siano poste in essere con l'intento di incitare l'odio, la discriminazione o la violenza contro individui o gruppi fondati sulla razza, il colore, la discendenza o l'origine etnica o la religione;

può riservarsi di non introdurre in tutto o in parte disposizioni nelle materie anzidette;

deve adottare misure che qualifichino come reato il favoreggiamento delle condotte prima descritte se sorretto dall'intento che questi delitti siano commessi.

Il Capitolo III prevede l'estensione di una serie di disposizioni della Convenzione sul *Cybercrime* anche al Protocollo. Segnalando quelle più significative, *in primis* si rimanda all'art. 1 dove viene fornita una serie di definizioni da osservare per l'interpretazione del contenuto della Convenzione e del Protocollo addizionale³⁴.

L'art. 12 prevede l'introduzione di una particolare forma di responsabilità delle persone giuridiche. I presupposti per l'insorgere di questa responsabilità sono:

la commissione di uno dei reati elencati all'interno della Convenzione o del Protocollo addizionale;

la commissione del reato da parte di un soggetto apicale, ritenendo tale chi esercita attività di rappresentanza, direzione o controllo, oppure da parte di un sottoposto laddove questo abbia agito in ragione della mancanza di sorveglianza o controllo da parte degli apicali;

la commissione del reato «per conto» della persona giuridica

La natura della responsabilità può essere civile, amministrativa o penale e si aggiunge alla responsabilità penale delle persone fisiche. Com'è evidente, questa disciplina nei suoi tratti essenziali risulta sovrapponibile a quella contenuta nel d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti da reato.

L'art. 13 contempla una serie di indicazioni per la predisposizione di adeguati apparati sanzionatori. Criterio di ordine generale applicabile tanto alla responsabilità delle persone fisiche che giuridiche è quello per cui le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Per le persone fisiche la pena può essere anche detentiva, mentre per le persone giuridiche si ammette la possibilità che le sanzioni non abbiano natura penale e che siano di carattere pecuniario.

³⁴ “Ai fini della presente Convenzione: a. “sistema informatico” indica qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati; b. “dati informatici” indica qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione; c. “*service provider*” (fornitore di servizi), indica: 1. qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico; 2. qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio; d. “trasmissione di dati” indica qualsiasi informazione computerizzata relativa ad una comunicazione attraverso un sistema informatico che costituisce una parte nella catena di comunicazione, indicando l'origine della comunicazione, la destinazione, il percorso, il tempo, la data, la grandezza, la durata o il tipo del servizio”.

Determinante poi l'estensione di una serie di disposizioni relative agli strumenti da utilizzare per l'accertamento dell'eventuale responsabilità penale e per garantire la cooperazione tra gli Stati coinvolti³⁵. Si tratta di un rilievo fondamentale se si rammenta che le condotte poste in essere mediante l'ausilio di strumenti informatici assumono un carattere transnazionale³⁶.

A questo proposito l'art. 15, esprimendo un generale principio di bilanciamento di interessi e ponendosi l'obiettivo di facilitare il processo di armonizzazione delle regole probatorie, prevede che l'instaurazione, implementazione e applicazione delle procedure successivamente disciplinate debba assicurare, in ogni caso, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali in conformità agli obblighi assunti in base alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1950, alla Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, e agli altri strumenti internazionali applicabili in materia di diritti umani, nonché del principio di proporzionalità. Il comma secondo afferma che quando sia il caso, avuto riguardo alla natura del potere o della procedura, queste condizioni e tutele devono includere, fra l'altro, una supervisione giudiziaria o di altra natura, purché indipendente, dei motivi che giustificano l'applicazione e la limitazione del campo di applicazione e della durata del potere o procedura. In base al comma terzo, nella misura in cui ciò sia rispondente all'interesse pubblico e, in particolare, alla buona amministrazione della giustizia, ogni Parte deve considerare l'impatto dei poteri e delle procedure di questa sezione sui diritti, le responsabilità e gli interessi legittimi dei terzi.

Le disposizioni successive sono dedicate alla disciplina della conservazione rapida di dati informatici, volta ad evitare la loro dispersione o cancellazione (art. 16); dell'ingiunzione a produrre che l'autorità giudiziaria può rivolgere ai soggetti e ai fornitori di servizi situati nel proprio territorio che siano in possesso di prove contenute in un sistema o supporto informatico rilevanti ai fini del processo penale (art. 18); della perquisizione e del sequestro dei dati informatici immagazzinati, incluso il riconoscimento del potere dell'autorità di fare e trattenere copia di quei dati informatici, mantenerne l'integrità, rimuoverli o renderli inaccessibili (art. 19); dell'estradizione, subordinata alla verifica della presenza di una clausola di reciprocità tra lo Stato

³⁵ Per l'analisi di questi profili cfr. M. DANIELE, *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, 487 ss.

³⁶ V. cap. I, par. 2.1.

richiedente e quello richiesto (art. 24) e dei principi relativi alla mutua assistenza che contemplano anche la possibilità, in caso di urgenza, di effettuare rogatorie attraverso strumenti rapidi di comunicazione, come il fax o la posta elettronica, a condizione che tali strumenti diano appropriate garanzie di sicurezza e autenticazione (art. 25).

Alla luce di quanto riportato, si può concludere che il Protocollo in esame, il cui contenuto, come detto, è completato dall'estensione di alcune delle norme della Convenzione di Budapest, rappresenta uno strumento dall'alto tasso di effettività nel contrasto delle condotte puntualmente tipizzate e sorrette da un motivo razzista e xenofobo, soprattutto per quel che concerne l'attivazione di procedure di cooperazione internazionale che potrebbero essere ulteriormente implementate attraverso l'approvazione di un secondo Protocollo Addizionale sulla cooperazione internazionale potenziata e sull'accesso alle prove nel *cloud*, al momento oggetto di discussione³⁷.

Tuttavia, mentre la Convenzione è stata ratificata dall'Italia con Legge 18 Marzo 2008 n. 48, attualmente il Protocollo Addizionale, a distanza di quasi vent'anni, è stato solamente firmato dal nostro Paese, non venendo consentito l'adattamento dell'ordinamento interno relativamente ai meccanismi di cooperazione tra Stati. Nel 2015 fu presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo (A.C. 3084) composto da quattro articoli: i primi due contenevano, come di consueto, la clausola di autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione del Protocollo; l'art. 4 specificava che la legge sarebbe entrata in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

La disposizione di maggiore interesse era, tuttavia, l'art. 3 in cui erano indicate tutte le modifiche del quadro normativo nazionale necessarie per l'adeguamento al contenuto del Protocollo. Richiamando quali fossero le disposizioni all'epoca vigenti, l'art. 3 della l. 654/1975 sanzionava alla lettera a) la propaganda di idee fondate sulla superiorità o

³⁷ Cfr. *Preparation of the Second Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime*, 17 Novembre 2020, in www.coe.int; T. MAGNO, *Il progetto Evidence e le principali criticità nell'accesso alle prove elettroniche transnazionali in materia penale: quale futuro?*, in *Informatica e diritto*, 2016, 152 ss.; si segnala anche M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 280-281, dove si afferma che, sulla base di quanto riconosciuto anche dal *Cybercrime Convention Committee*, istituito in attuazione dell'art. 46 della Convenzione di Budapest, l'attuale sistema di circolazione transnazionale delle evidenze elettroniche è troppo lento e che gli Stati membri non ricorrono a sufficienza alle opportunità fornite dalla Convenzione stessa; sulla necessità di predisporre ulteriori interventi per garantire una maggiore efficienza delle indagini informatiche v. anche S. SIGNORATO, *Tipologie e caratteristiche delle cyber investigations in un mondo globalizzato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 197.

sull'odio razziale o etnico, ovvero l'istigazione a commettere o la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; alla lettera b) l'istigazione a commettere o la commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Mancava (e manca ovviamente anche tuttora) qualsiasi riferimento alle modalità di commissione degli illeciti come indicate all'art. 3 del Protocollo, così come la rilevanza penale della distribuzione di pubblicazioni che negano o minimizzano grossolanamente, giustificano o approvano il genocidio e i crimini di guerra e contro l'umanità. L'apologia di reato era punita ai sensi dell'art. 414, senza prevedere una fattispecie che desse rilevanza all'idoneità della condotta ad istigare alla violenza e all'odio razziale e xenofobo (in quel momento la cd. aggravante di negazionismo era inserita all'interno di un disegno di legge d'iniziativa parlamentare AS 54-B la cui discussione era in corso al Senato).

Per quanto concerne l'estensione dell'ambito applicativo della lettera a) era previsto che:

venisse ritenuto penalmente responsabile chi distribuisse, divulgasse, diffondesse o pubblicizzasse materiale razzista o xenofobo o materiale che negasse, minimizzasse in modo grave, approvasse o giustificasse i crimini di genocidio o contro l'umanità;

si specificasse che tali condotte, così come quelle già previste dalla normativa vigente, potessero essere commesse con qualsiasi mezzo, anche informatico o telematico.

È interessante notare quali siano state le osservazioni compiute al termine della formulazione delle modifiche da apportare alle norme vigenti: innanzitutto, si specificò di aver ritenuto più appropriato declinare la minimizzazione «palese», come definita nell'art. 6 del Protocollo, in minimizzazione «grave» dei crimini di genocidio o contro l'umanità; in secondo luogo si osservò che, non rilevando la gravità dei reati ai fini di determinazione della risposta sanzionatoria, bensì come elemento costitutivo del fatto, vi fosse il rischio di attribuire all'organo giudicante un ampio margine di discrezionalità nello stabilire la sussistenza o meno di responsabilità penale. Da ultimo si arrivò ad ammettere che l'intervento in esame non avrebbe, comunque, esaurito il pieno recepimento del Protocollo addizionale³⁸.

³⁸ Cfr. *Protocollo Addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi a mezzo di sistemi informatici*, A.C. 3084, Documentazione per l'esame di Progetti di legge, 17 Novembre 2015, in www.documenti.camera.it.

Il 27 Aprile 2016 le Commissioni Giustizia e Affari esteri in sede referente approvarono l'A.C. 3084-A che sostanzialmente ricalcava quello appena esposto; l'unica differenza significativa riguardava la previsione di un'aggravante per le condotte di cui alla lettera a) e b) della l. 654/1975 laddove la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fossero fondate sulla minimizzazione in modo grave, sull'approvazione, sulla giustificazione o sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra come definiti dallo statuto della Corte penale internazionale³⁹. In sede consultiva le Commissioni Affari costituzionali, Bilancio, Trasporti e Politiche dell'Unione Europea espressero parere favorevole sul disegno di legge. La Commissione Cultura elaborò due osservazioni: «valutare l'opportunità di rafforzare gli strumenti di collaborazione tra istituzioni e *Internet provider* con l'obiettivo di agevolare le richieste di rimozione dei contenuti illeciti dal web» e «valutare l'opportunità di richiedere ai gestori di piattaforme di comunicazione l'attivazione di sistemi efficaci di monitoraggio dei contenuti a sfondo razzista o xenofobo»⁴⁰.

L'ultimo atto con cui si è cercato di evidenziare la necessità di ratificare e portare ad esecuzione il Protocollo addizionale risale al 30 Settembre 2019: in esso ci si limita a richiamare brevemente il contenuto del Protocollo e della Convenzione e ad osservare che: «Le caratteristiche del tutto peculiari dello spazio cibernetico, e in particolare le interazioni delle attività telematiche con la sfera privata dei cittadini, rendono necessario ricercare il giusto equilibrio tra sicurezza, tutela della riservatezza dei dati personali e tutti gli altri diritti e libertà fondamentali (in primo luogo la libertà di espressione attraverso i mezzi telematici). Trovare un equilibrio in tale senso è di per sé molto impegnativo. In un contesto giuridico internazionale caratterizzato da strumenti negoziali che mettono al centro la tutela dei diritti della persona umana e di cui l'Italia è parte, le limitazioni dei suddetti diritti e principalmente del diritto alla riservatezza devono sempre essere giustificate da esigenze superiori quali la protezione della sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute e la morale pubblica (articolo 12 del patto internazionale relativo ai

³⁹ Questa disposizione avrebbe dovuto essere coordinata con la modifica dell'art. 3 della l. 654/1975 ad opera della l. 115/2016, approvata l'8 Giugno 2016, con cui si è introdotto un comma 3-*bis* in materia di negazionismo.

⁴⁰ Cfr. *Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi a mezzo di sistemi informatici*, A.C. 3084-A, Documentazione per l'esame di Progetti di legge, 17 Novembre 2015, in www.documenti.camera.it.

diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966, reso esecutivo dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881; articolo 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n.848). In definitiva, tali restrizioni devono essere: 1) previste dalla legge (di qui la necessità di adottare una normativa interna in materia); 2) conformi agli obblighi derivanti dai menzionati accordi internazionali, di cui l'Italia è parte; 3) riferite a un obiettivo specifico e strettamente proporzionati ad esso»⁴¹.

Il disegno di legge si limita a disciplinare l'autorizzazione alla ratifica, l'ordine di esecuzione e la sua entrata in vigore. In merito alle modifiche di diritto penale sostanziale si osserva: «A seguito dell'introduzione della suddetta circostanza aggravante [quella di cui all'art. 604-*bis* co. 3, *n.d.r.*], la disciplina nazionale risulta allineata con quanto previsto dal Protocollo in merito alla incriminazione delle condotte di distribuzione e diffusione di materiale razzista o xenofobo o di materiale che nega, minimizza in modo grave, approva o giustifica i crimini di genocidio o contro l'umanità, con la conseguenza che non sono necessarie specifiche norme di adattamento. L'articolo 3 del presente disegno di legge, pertanto, si limita semplicemente a chiarire l'ambito operativo del precetto penale contenuto alla lettera a) del primo comma dell'articolo 604-*bis* codice penale, senza introdurre nuove fattispecie criminose, prevedendo che i fatti ivi previsti possano essere commessi con qualsiasi mezzo, anche informatico o telematico»⁴².

Alla luce delle conclusioni formulate da parte del legislatore sia permesso esprimere due considerazioni: innanzitutto, se anche si dovesse giungere all'approvazione di questo disegno di legge, esso apporterebbe una modifica che, pur incrementando il carattere di determinatezza della norma, sarebbe completamente priva di portata innovativa (con le necessarie conclusioni in punto di successione delle leggi penali nel tempo), posto che già con la formulazione attuale non vi è dubbio che l'art. 604-*bis* si applichi anche alle condotte messe in atto *online*. Secondariamente, se la “mera” ratifica del Protocollo Addizionale rappresenterebbe sicuramente un significativo passo in avanti rispetto all'immobilismo odierno, il legislatore non dovrebbe dimenticare che sarebbe comunque necessaria una modifica della l. 48/2008, al fine di garantire la reale operatività delle

⁴¹ Cfr. Fascicolo Iter DDL S. 1764 - Ratifica ed esecuzione del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi a mezzo di sistemi informatici, fatto a Strasburgo il 28 gennaio 2003, e modifica all'articolo 604-*bis* del codice penale, 11 Luglio 2021, in www.senato.it.

⁴² *Ibidem*.

disposizioni di rinvio alla Convenzione di Budapest e scongiurare, dunque, un intervento normativo che nasca già “zoppo”, come è purtroppo triste abitudine nel nostro ordinamento.

Da ultimo, si segnala che con la Legge Europea 2017 è stato posto rimedio, in attuazione della Decisione Quadro 2008/913/GAI, ad un ulteriore scollamento tra il quadro normativo interno e quello del Protocollo Addizionale, ovvero la possibilità di contestare la responsabilità di una persona giuridica. Attualmente, come già anticipato, il testo di legge di riferimento in questa materia è il d.lgs. 231/2001; l’art. 2 recita: “L’ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”. In altre parole, l’ente non può essere chiamato a rispondere per la commissione di qualsiasi tipo di illecito penale, ma esclusivamente per quelli elencati agli articoli da 24 a 25-*quinqüesdecies*⁴³.

All’art. 25-*terdecies* figura la disposizione che viene in rilievo per l’oggetto del presente approfondimento; esso prevede: “In relazione alla commissione dei delitti di cui all’articolo 3, comma 3-*bis*, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si applica all’ente la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote. Nei casi di condanna per i delitti di cui al comma 1 si applicano all’ente le sanzioni interdittive previste dall’articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno. Se l’ente o una sua unità organizzativa è stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività ai sensi dell’articolo 16, comma 3”.

Ciò che ha creato non poco disorientamento nell’interpretazione di questa disposizione è stata l’entrata in vigore del d.lgs. 21/2018 che, in attuazione della riserva di codice, ha provveduto ad abrogare l’art. 3 della legge 654/1975 senza, tuttavia, modificare anche l’art. 25-*terdecies* del d.lgs. 231/2001. Se, ad un primo sguardo, si potrebbe velocemente concludere per una tacita abrogazione della disposizione in esame, una valutazione più attenta sembra portare ad una diversa conclusione. Dando, infatti, innanzitutto, applicazione al criterio dei rapporti strutturali, utile per stabilire i confini tra *abolitio criminis* e mera modifica della fattispecie penale⁴⁴, si può facilmente constatare

⁴³ E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Torino, 2016, 57.

⁴⁴ La validità dell’utilizzo di questo criterio sembra essere oggi consacrata anche dalla giurisprudenza, dopo anni di orientamenti oscillanti. Cfr. Cass., SS.UU., 26 Marzo 2003, n. 25887; Cass., SS.UU., 27 settembre

come i precetti propri del comma 3 della l. 654/1975 siano stati pienamente trasfusi all'interno dell'art. 604-*bis*, non sussistendo alcuna differenza né per quel che concerne la tipizzazione delle condotte penalmente rilevanti né per quel che attiene i profili sanzionatori. In secondo luogo, occorre tenere conto di quale fosse l'intento perseguito dal legislatore con l'approvazione del d.lgs. 21/2008: l'obiettivo non era certamente quello di far venire meno la responsabilità penale per le fattispecie contemplate nella legge del 1975, quanto piuttosto limitarsi ad inserire la disciplina all'interno del codice penale, non essendoci, peraltro, alcun indizio della volontà di escludere dalla medesima le persone giuridiche. Concludere per l'intervenuta *abolitio criminis* sulla base del semplice cambiamento dei riferimenti normativi sembra, in definitiva, essere una lettura eccessivamente formalistica.

Al termine di questo capitolo non si può che tornare a ribadire l'attenzione che l'ordinamento europeo ha dimostrato e dimostra⁴⁵ di porre sulla tematica dei discorsi d'odio in generale, non dimenticando, tuttavia, le specificità delle condotte poste in essere *online* e predisponendo degli interventi *ad hoc* su questo fronte secondo una strategia (che si è definita in apertura) integrata e multilivello, attenta non solo ai profili normativi, ma anche a quelli culturali ed educativi.

Non sempre, al contrario, le nostre autorità pubbliche hanno dato prova di analoga sollecitudine nell'occuparsi del problema, ritardando nel dare seguito ai moniti ad esse rivolte da parte delle istituzioni europee. Se l'auspicio è che le istituzioni nazionali si attivino tempestivamente quantomeno per mettersi al pari con il quadro di tutele già da tempo predisposto a livello sovranazionale, l'attuale stato di avanzamento (e approfondimento) del dibattito interno in materia di discorsi d'odio non sembra andare in questa direzione⁴⁶.

2007, n. 2451; Cass., SS.UU. 28 febbraio 2008, n. 19601; Cass., SS.UU., 26 Febbraio 2009, n. 24468; per l'analisi di queste pronunce v. G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

⁴⁵ V. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Un'Unione dell'uguaglianza: il piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025*, Bruxelles, 18 Settembre 2020, in www.ec.europa.eu. Al medesimo sito possono essere rinvenute anche le comunicazioni afferenti ai piani d'azione dell'Unione contro la violenza di genere e alle politiche di tutela della comunità *LGBT*.

⁴⁶ V. cap. V, dove saranno esaminate le discussioni inerenti all'approvazione del cosiddetto d.d.l. Zan, che, all'esito del voto segreto svoltosi presso il Senato, pare definitivamente naufragato.

CAPITOLO TERZO
IL DIRITTO PENALE COME MEZZO DI CONTRASTO AI DISCORSI
D'ODIO: L'ART. 604-BIS C.P.

1. L'iter di formazione dell'attuale art. 604-bis c.p.

Le tematiche che si andranno ad affrontare in questo capitolo rappresentano uno degli snodi centrali negli studi che si occupano di considerare quale possa essere il ruolo del diritto penale nel contrasto ai discorsi d'odio *online*. Se, a scanso di equivoci, è bene precisare che l'individuazione delle ragioni per cui ricorrere o meno alla sanzione penale e le modalità di ricostruzione delle fattispecie sono aspetti che riguardano in generale i discorsi d'odio, non solo quelli diffusi virtualmente, tuttavia, come si vedrà successivamente, si ritiene che il particolare mezzo adottato possa in taluni casi imporre delle valutazioni ulteriori rispetto a quanto viene affermato per le medesime condotte poste in essere *offline*.

L'esame che si condurrà nell'ambito di questo capitolo deve prendere le mosse da una rapida ricostruzione di quello che è stato l'*iter* legislativo che ha portato all'entrata in vigore dell'attuale art. 604-bis c.p., che, come già detto in precedenza, rappresenta la disposizione di riferimento nel quadro normativo interno in materia di discorsi d'odio¹.

La prima occasione in cui il legislatore italiano è intervenuto su questo fronte è stata con l'approvazione della legge 13 Ottobre 1975, n. 654, anche nota con il nome di legge Reale. Essa rappresenta l'atto con cui è stata ratificata la Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, risalente al dicembre del 1965, adeguando ad essa l'assetto ordinamentale interno.

¹ Per una ricostruzione dell'*iter* normativo v. e multis L. GOISIS, *op. cit.*, 263 ss.; 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*, 1 ss.; L. D'AMICO, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La legislazione penale, 2020*, 9 ss.; P. BORRELLI, *Art. 604-bis Codice Penale – Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, *Codice Penale Commentato*, in *DeJure*.

La disposizione di interesse è data dall'art. 3 con cui sono state introdotte autonome fattispecie penali che, nella loro formulazione originaria, sanzionavano: la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (comma 1, lettera a); l'incitamento in qualsiasi modo alla discriminazione o a commettere atti di violenza o di provocazione alla violenza nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale (comma 1, lettera b); la partecipazione o l'assistenza ad organizzazioni o associazioni aventi tra i loro scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale (comma 2). Per le condotte di cui al comma 1 era prevista una pena da uno a quattro anni di reclusione, salvo che, ricorrendo una clausola di riserva, il fatto non avesse costituito più grave reato. Al comma 2 era prevista una pena da uno a cinque anni, aumentata per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni.

Sulla legge Reale incise il d.l. 26 Aprile 1993, n. 122, convertito con legge 25 Giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino). Le modifiche più significative furono le seguenti:

si distinse la condotta di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e l'incitamento a commettere o la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lettera a) dall'incitamento a commettere e dalla commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lettera b);

si sottoposero le condotte di cui alla lettera a) ad una pena sino a tre anni e le condotte di cui alla lettera b) ad una pena da sei mesi a quattro anni. Oltre a considerare le prime meno gravi rispetto alle seconde, il legislatore, in generale, intervenne sulla cornice edittale modificandola verso il basso;

si introdusse il credo religioso tra i tratti e qualità protetti;

si intervenne sulla fattispecie di cui al comma 3 della legge Reale prevedendo una riduzione del trattamento sanzionatorio a carico di chi avesse partecipato o assistito l'organizzazione, l'associazione, i movimenti o i gruppi vietati (reclusione da sei mesi a quattro anni) e si specificò la pena a carico di promotori e dirigenti (reclusione da uno a sei anni);

si introdussero due nuove fattispecie di reato: in primo luogo, il compimento, in pubbliche riunioni, di manifestazioni esteriori o l'ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo

3 della legge Reale, puniti con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire; secondariamente, l'accesso ai luoghi dove si fossero svolte competizioni agonistiche con i medesimi emblemi o simboli. Quest'ultima costituiva un'ipotesi di contravvenzione punita con l'arresto da tre mesi ad un anno;

si introdusse la c.d. aggravante dell'odio razziale, etnico, nazionale e religioso;

si contemplò ai commi da 1-*bis* a 1-*sexies* una serie di pene accessorie tra cui emerge l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, essendo la stessa chiaramente dominata da una logica intrinsecamente rieducativa.

Un'ulteriore modifica delle fattispecie è intervenuta con legge 24 Febbraio 2006, n. 85 di riforma complessiva dei c.d. reati di opinione. Le novelle si concretizzarono sia per una diversa tipizzazione delle condotte vietate, sia per un'ulteriore diminuzione del trattamento sanzionatorio. In merito al primo profilo, alla lettera a) si sostituì il “diffonde in qualsiasi modo” con “propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, l'“incita” con “istiga” a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Con riguardo al secondo, si introdusse, accanto alla reclusione fino a un anno e sei mesi, la pena della multa fino a seimila euro per le condotte di cui alla lettera a).

Con la l. 28 Giugno 2016, n. 115 venne introdotta la c.d. aggravante di negazionismo che, dando attuazione alla Decisione Quadro 2009/913/GAI, seppure in notevole ritardo rispetto al termine del 28 Novembre 2012 in essa stabilito, prevedeva (e prevede tutt'ora): “Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

L'ultimo intervento è stato operato con il già citato d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 che, in attuazione della riserva di codice di cui all'art. 3-*bis* c.p., ha trasposto la disciplina come emergente dalla l. 85/2006 agli articoli 604-*bis* e 604-*ter*, inserendoli al Titolo XII (Dei delitti contro la persona), Capo III (Delitti contro la libertà individuale), Sezione I-

bis dedicata ai Delitti contro l'uguaglianza, aspetto chiave sul chiave si tornerà successivamente².

2. Il dibattito sull'opportunità dell'utilizzo del diritto penale per la repressione dei discorsi d'odio

Descritto sinteticamente quale sia stato il percorso legislativo che ha portato all'attuale configurazione dell'art. 604-*bis* c.p., è indispensabile affrontare il tema relativo alle ragioni che vengono addotte per sostenere l'opportunità/inopportunità del ricorso allo strumento penalistico in una materia complessa come quella dei discorsi d'odio, ragioni che riguardano l'intera categoria e che per questo sono perfettamente applicabili anche alla fattispecie in commento. Tale complessità risulta incrementata dal fatto che, trattandosi di ipotesi in cui sono fortemente implicati valori etici e politici, è più probabile, rispetto ad altre tematiche, ricorrere a percorsi argomentativi di carattere prettamente ideologico, anziché giuridico.

2.1. Gli argomenti tradizionalmente addotti a favore della previsione di sanzioni penali

Gli argomenti che tradizionalmente vengono addotti dalla dottrina (nazionale e non) a sostegno dell'intervento del legislatore attraverso lo strumento del diritto penale nella materia che si sta trattando sono tre: la maggiore gravità del motivo che sorregge la condotta e del danno che da essa discende, il ruolo simbolico della previsione sanzionatoria e la funzione preventiva della disposizione penale³. Si tratta di ragioni che,

² V. *infra* par. 2.2.

³ Per i riferimenti dottrinali v. *e multis* L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 181 ss.; P.B. GERSTENFELD, *op. cit.*, 19 ss.; S.S. BEALE, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law or Tool for Criminal*

sebbene in generale fondate, non consentono di prendere alcuna posizione su quale dovrebbe essere la corretta conformazione dell'illecito al fine di evitare la violazione dei principi e delle garanzie costituzionali⁴.

Per quanto concerne il primo argomento, molto brevemente si richiama, come già detto in apertura del presente approfondimento⁵, che i discorsi d'odio si distinguono per la volontà di far intendere alla vittima che, per la sua appartenenza ad un determinato gruppo, non è ritenuta degna della stessa considerazione riservata agli altri consociati, non gode degli stessi diritti e di pari riconoscimento sociale e, da ultimo, che non ha diritto a convivere con chi di quel gruppo non fa parte oppure, nei casi più gravi, non ha diritto di esistere⁶. Sarebbero proprio questi assunti a rendere le condotte più gravi, dal momento che esse minano le fondamenta di ogni società democratica che, per dirsi tale, si basa sui valori dell'eguaglianza e della pari dignità di ogni persona⁷.

In seconda battuta, la dottrina maggioritaria⁸ condivide l'idea, suffragata da numerosi studi empirici, secondo la quale i discorsi d'odio, proprio per i motivi che li sorreggono e per il loro valore altamente simbolico, produrrebbero nella vittima danni più gravi rispetto alle condotte "ordinarie", anche in ragione del fatto che gli effetti di queste andrebbero incontro ad una estensione nei riguardi di tutti gli appartenenti al gruppo e, da ultimo, all'intera società⁹.

Enforcement?, in Boston University Law Review, 2000, 1227 ss.; F.M. LAWRENCE, *Punishing*, cit., 163 ss.

⁴ Da questa considerazione si ritiene opportuno chiamare fuori l'argomento relativo alla maggiore gravità e dannosità dei discorsi d'odio, non potendo però tacere il fatto che, in ogni caso, il dibattito risulta molto acceso. V. *infra* nota 9.

⁵ V. cap. I, par. 1.2.

⁶ P. IGANSKI, *Hate crimes*, cit., 628.

⁷ OSCE, *op. cit.*, 23. Nella medesima direzione L. GOISIS, *op. cit.*, 182, F. M. LAWRENCE, *The hate crime project*, cit., 210.

⁸ V. cap. I, par. 1.4.

⁹ Questi profili sono stati valorizzati dalla Corte Suprema americana nel caso *Wisconsin v. Mitchell*, 92 U.S. 515 (1993), in cui si discuteva della compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero di uno statuto dello Stato del Wisconsin. In particolare, nel concludere in senso affermativo, la Corte fondò il suo convincimento su alcuni pareri *amici curiae* in cui si affermava, ad esempio, che: «Una persona che sia stata selezionata come vittima per la sua appartenenza ad un gruppo [...] viene privata del diritto di prendere parte in una posizione di parità alla vita della comunità non per le sue azioni, ma per quello che è. Questo produce inevitabilmente un senso di vulnerabilità e isolamento (Parere *amicus curiae* dell'*American Civil Liberties Union*)»; «Questi eventi provocano nella vittima la consapevolezza di essere rifiutata e disprezzata dalla maggioranza (Parere *amicus curiae* del *Crown Heights Coalition*)». In senso, invece, fortemente critico J. JACOBS, K. POTTER, *Hate Crimes: A Critical Perspective*, in *Crime and Justice*, 1997, 30 ss., secondo i quali gli studi presenti nella letteratura scientifica non sarebbero realmente in grado di fornire sufficienti prove empiriche per dimostrare la maggiore dannosità dei discorsi d'odio, concludendo che tutti i crimini raccapriccianti avrebbero lo stesso impatto emotivo sia sulla vittima che sul resto della società, non godendo, dunque, l'*hate speech* di alcuno *status* peculiare. Mette in dubbio l'effettiva pregnanza degli

Rispetto a quanto già detto in precedenza, si aggiunge solamente che tra gli apporti più significativi in materia di danni provocati dai discorsi d'odio alla collettività figurano le tesi sostenute da Jeremy Waldron nel saggio *The Harm in Hate Speech*: secondo l'Autore, gli *hate speeches* non si limitano ad essere espressione di idee ingiuriose, offensive o minacciose dal forte impatto emotivo, ma consisterebbero in discorsi che strumentalizzano l'appartenenza di un soggetto ad un gruppo per consentirne la degradazione, l'esclusione o l'eliminazione. In particolare, essi diminuirebbero il livello di sicurezza collettiva inteso come «*a shared sense of the basic elements of each person's status, dignity and reputation as a citizen or member of society in good standing*»¹⁰. Ricordando che il discorso d'odio trae origine da stereotipi e pregiudizi profondamente radicati all'interno della società, nel momento in cui esso si diffonde inizia ad essere considerato normale, addirittura naturale ed inevitabile, parte del tessuto sociale, un qualcosa che non può essere cambiato e che deve essere semplicemente tollerato nel suo complesso¹¹.

In quest'ottica, dunque, data l'intrinseca peculiarità dei discorsi d'odio e della diffusività dei danni provocati, essi meriterebbero non solo una sanzione, ma anche una sanzione più severa rispetto a quella riservata ai crimini ordinari, accogliendo così una concezione di tipo retributivo della pena¹².

Con riguardo al ruolo simbolico dell'intervento repressivo in materia, si afferma, *in primis*, che l'approvazione di ogni misura di diritto penale porterebbe con sé la stigmatizzazione della condotta criminalizzata e, dunque, un messaggio di tipo morale: con essa, infatti, il legislatore mirerebbe a rendere nota la propria lontananza e

studi criminologici condotti anche P. B. GERSTENFELD, *Hate crimes*, cit., 11 ss., senza però arrivare alla conclusione che i discorsi d'odio debbano essere ritenuti perfettamente assimilabili ad una qualunque altra condotta sorretta da motivi abietti.

¹⁰ J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012, 47.

¹¹ Per un'analisi del pensiero di Waldron v. e multis E. BARENDT, *What Is The Harm of Hate Speech?*, in AA.VV. *Ethical Theory and Moral Practice*, 2019, 539 ss.; I. MAITRA, M. K. MCGOWAN, *Speech and harm. Controversies Over Free Speech*, Oxford, 2012, 96 ss.; R. M. SIMPSON, *Dignity, Harm, and Hate Speech*, in *Law and Philosophy*, 2013, 717 ss.; E. HEINZE, *Hate speech and democratic citizenship*, Oxford, 2016, 33; T. MODOOD, *Hate speech: The feelings and beliefs of the hated*, in AA.VV. *Understanding and regulating hate speech: A symposium on Jeremy Wadron's The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012, 22 ss.

¹² P. B. GERSTENFELD, *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, Londra, 2018, 11.

riprovazione rispetto a chi compie quella data azione e, molto spesso, anche il sostegno di meccanismi di cosiddetta *zero tolerance*¹³.

In secondo luogo, l'utilizzo della sanzione penale è visto come strumento per attirare l'attenzione della società sulla gravità del fenomeno, molto più di quanto non accada con il ricorso agli strumenti propri delle altre branche del diritto.

Da ultimo, la predisposizione di corpi normativi volti a sanzionare le condotte fondate sul pregiudizio fungerebbe da contro messaggio rispetto ad azioni che sono esse stesse simboliche. Se ad esempio, disegnare una svastica non costituisce mai un gesto a sé, ma al contrario è la rappresentazione grafica di messaggi indirizzati nei confronti di una persona o di un gruppo, quali “Non siete desiderati qui. Non potete essere considerati esseri umani. Noi siamo più forti e voi dovrete temerci”¹⁴, prevedere la repressione di atti di questo tipo sarebbe manifestazione dell'impossibilità di lasciare ad essi spazio nell'ordinamento e della volontà di non ritenere parte integrante della società non il gruppo destinatario del discorso d'odio, bensì colui che lo pronuncia.

La dottrina che si è occupata del ruolo del diritto penale simbolico ha proposto diverse classificazioni degli interventi normativi inquadrabili in questa categoria: ad esempio, vi rientrerebbero le leggi “pacificatorie”, ovvero quelle che sarebbero giustificate dal solo bisogno di placare l'irrequietezza della società rispetto a fenomeni criminosi ritenuti particolarmente gravi e soddisfare la conseguente domanda di pena; ancora, le leggi “reattive”, strettamente connesse a quelle appena citate, con cui il legislatore cerca di dimostrare di essere in grado di reprimere in modo tempestivo ed efficiente talune condotte¹⁵. Molteplici sarebbero, poi, i fattori che consentono di capire

¹³ V. e multis L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 183-184; S.S. BEALE, *op. cit.*, 1254, nota 100; F.M. LAWRENCE, *Punishing*, cit., 163 ss.; in particolare nel contesto statunitense, sicuramente più fecondo sul punto, il tema è stato ampiamente approfondito in occasione dell'approvazione della cosiddetta *Kennedy proposal*, un disegno di legge volto a disciplinare nel contesto federale la materia dei crimini d'odio e a fornire assistenza per l'applicazione di tale disciplina a livello statale e locale. Nel confronto congressuale in più occasioni è stato affermato che l'approvazione della legge avrebbe mandato il messaggio che gli Stati Uniti non avrebbero tollerato violenze fondate sul pregiudizio e che la proposta fosse un nobile sforzo per affermare l'impegno dei governi nazionali nel promuovere l'eguaglianza ed esprimere disapprovazione nei confronti di coloro ledono gli altri semplicemente per quello che le vittime rappresentano. Nel contesto statunitense questo valore simbolico è ulteriormente accentuato dal carattere federale o statale delle *hate crime laws*: nell'immaginario comune, se una data materia è disciplinata a livello federale, alla medesima deve essere riconosciuto un peso e un'importanza maggiori, anche in ragione del coinvolgimento dell'FBI come massima autorità nel contrasto al crimine. È chiaro che una simile argomentazione non può essere spesa nel nostro contesto giuridico, posto che la competenza a legiferare in materia penale spetta in via esclusiva allo Stato. Cfr. S.S. BEALE, *op. cit.*, 1320.

¹⁴ P. B. GERSTENFELD, *op. cit.*, 22; in termini simili anche OSCE, *Hate crime laws*, cit., 22 ss.

¹⁵ Cfr. S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento 2018, 39 ss.

che una fattispecie penale è stata elaborata solo per scopi di tipo simbolico: per esempio, la duplicazione o, spesso, moltiplicazione di norme estremamente minuziose definite come “imprescindibili”, ma in realtà inutili per contrastare condotte che di per sé avrebbero potuto essere sussunte in fattispecie più generali e già esistenti¹⁶. O, ancora, l’eterno ritorno degli inasprimenti sanzionatori che, se possono avere certamente anche ricadute pratiche, spesso sono così irrisori da rendere tali ricadute assolutamente inesistenti¹⁷.

Se questo è uno degli argomenti più frequentemente spesi per sostenere la criminalizzazione dell’*hate speech*, non possono non esprimersi alcune perplessità. Si ritiene, infatti, che sovraccaricare in modo patologico il diritto penale di funzioni simboliche possa, da una parte, essere rischioso, nel momento in cui si scende dall’“empireo dei simboli” alla realtà delle aule di tribunale: in esse le difficoltà di accertamento e di ricostruzione del significato delle fattispecie, troppo attente al messaggio da mandare e ben poco alla sostanza, emergono in tutta la loro drammaticità; dall’altra, vi è l’infausta possibilità di mettere in secondo piano, se non oscurare totalmente, la tradizionale funzione ricoperta dal diritto penale, ovvero la tutela dei beni giuridici.

La dottrina più critica ha osservato che, a causa di un’eccessiva esaltazione del ruolo simbolico del diritto penale, negli ultimi decenni vi è stato il ricorso ad una “legislazione penale compulsiva”: il legislatore, sia concesso dirlo, pur dimostrandosi, specialmente nei dibattiti parlamentari, sempre più avulso da pur minime conoscenze giuridiche, si mostra fin troppo disinvolto «nel maneggiare le categorie, la terminologia ed anche i principi penalistici, inserendo con leggerezza il prodotto legislativo nei delicati meccanismi del sistema penale»¹⁸. Ciò che si intende dire è che ormai pare che l’unica funzione che il legislatore sembra avvertire come propria sia quella di dare segnali alla pubblica opinione focalizzandone l’attenzione su una data “conquista” resa possibile solo grazie all’intervento di una o alcune forze politiche, dimenticando totalmente di verificare

¹⁶ *Idem*, 102.

¹⁷ *Idem*, 118.

¹⁸ V. F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XIII, citato in A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l’utilizzazione di un diritto penale simbolico*, 7, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 Dicembre 2016, 7. Dello stesso Autore è anche l’espressione “legislazione penale compulsiva”.

come quella data disposizione si inserisca nel quadro normativo già vigente, quali siano i possibili effetti concreti e le reali capacità di contrasto di un dato fenomeno criminoso, come si relazioni con i principi costituzionali e così via.

Del resto, nel momento in cui il legislatore predispone un intervento in materia penale, per quanto possa ricorrere a messaggi dal sapore propagandistico di fronte all'opinione pubblica, quando è chiamato a definire il contenuto concreto della legge, a meno di non volerla esporre a censure di incostituzionalità, non può obliterare un pur minimo rispetto dei principi di materialità, offensività, proporzionalità della pena ecc.: questo fa sì che si assista ad una forte divergenza tra quanto annunciato e quanto effettivamente quella norma sarà in grado di contrastare il fenomeno criminoso in esame. Circostanze simili comportano, da una parte, l'incremento di sentimenti di frustrazione nella società civile che di norma si aspetta risposte sanzionatorie esemplari e, dall'altra, la percezione di impunità in chi pone in essere quella data condotta e, dunque, una maggiore propensione a commettere il reato, producendo così effetti esattamente opposti rispetto a quelli prospettati¹⁹.

Sebbene, dunque, non sia possibile eliminare del tutto il valore simbolico della norma penale, posto che su di esso «si è da sempre fatto affidamento, nella ragionevole convinzione circa la loro legittimità»²⁰ rimane l'idea, come detto in apertura, che l'argomento oggetto d'esame dovrebbe, contrariamente a quanto fa una parte della dottrina e lo stesso OSCE, essere "degradato" a rinforzo di motivazioni più solide.

Quale terzo ed ultimo argomento, vengono addotti i possibili effetti preventivi delle *hate speech laws*. Essi si manifesterebbero su due piani tra loro strettamente connessi: da una parte, vi sarebbe una prevenzione generale negativa, nel senso che la predisposizione di norme di diritto penale sarebbe in grado di scoraggiare i consociati dalla messa in atto delle condotte vietate; dall'altro, una prevenzione generale positiva nell'ottica di possibile orientamento culturale e sensibilizzazione della società.

Anche questa teoria, in ogni caso, si espone a numerose critiche: innanzitutto il presupposto perché si possano produrre questi effetti è che i potenziali autori delle condotte siano consapevoli del loro carattere criminoso e, quindi, siano a conoscenza dell'approvazione di leggi penali relative a tale materia. A tale rilievo si potrebbe

¹⁹ S. S. BEALE, *op. cit.*, 1267.

²⁰ S. BONINI, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, 29, in AA.VV., *La società punitiva*, cit.

rispondere che, vista l'attenzione che i media generalmente rivolgono ai temi in commento, sia difficile rimanere totalmente all'oscuro di interventi di questo tipo. Tuttavia, un conto è sapere dell'esistenza di una norma, un altro è sapere cosa la stessa preveda, cosa possa costituire un discorso d'odio, come quella data disposizione operi all'interno dell'ordinamento e quali conseguenze discendano dalla sua violazione. Purtroppo, non può essere taciuto il fatto che il dibattito attuale (definitivamente concluso) circa l'approvazione del cosiddetto disegno di legge Zan dimostra come questo tipo di conoscenze manchi non solo all'interno della società civile, ma anche tra coloro che sono chiamati a discutere nelle aule parlamentari²¹.

In secondo luogo, perché gli effetti di prevenzione generale negativa e positiva possano effettivamente prodursi si deve dare per scontato che i potenziali autori del reato siano scoraggiati dalla messa in atto dei loro propositi perché ritengono altamente verosimile il fatto di essere individuati dalle autorità e processati. Anche in questo caso deve darsi conto di profondi dubbi sul reale prodursi di questi effetti proprio in relazione alle condotte poste in essere *online*: si è già avuto modo di evidenziare, in primo luogo, come ciò che induce a diffondere discorsi d'odio attraverso il *web* sia proprio il senso di impunità che caratterizza i soggetti agenti, convinti o che le proprie condotte non saranno mai segnalate alle autorità preposte o che non sia possibile risalire alla loro identità, laddove si siano avvalsi di profili o di nomi falsi. Secondariamente, altro profilo che può incidere in modo significativo è il fenomeno dell'*under-reporting*, già menzionato, ovvero la tendenza delle vittime a non denunciare i fatti, se il discorso d'odio è indirizzato nei confronti di un singolo²².

A queste due critiche specificamente rivolte al rapporto tra legislazione penale in materia di discorsi d'odio e funzioni preventive se ne aggiungono alcune di ordine generale: per quanto concerne la prevenzione generale negativa, innanzitutto, vi è il rischio che per incrementare la deterrenza si introducano sanzioni troppo elevate rispetto alla gravità del fatto, perdendo così di vista il principio di proporzionalità della pena. Secondariamente, si dovrebbe dare per scontato che semplicemente paventando il rischio di irrogazione di una sanzione penale si desista dal porre in essere la condotta, presupponendo quindi che i destinatari delle norme siano esseri perfettamente razionali

²¹ V. cap. V, par. 3.2., nota 81.

²² V. cap. I, par. 1.5.

in grado di calcolare costi e benefici prima di agire²³. Al contrario, il mondo del *web* e specialmente dei *social network* è per eccellenza il contesto in cui la riflessione e il pensiero critico difficilmente animano le azioni. In più è stato osservato che l'odio in sé, ovvero il motivo sotteso alla commissione di questo tipo di reati, connesso a narrazioni stereotipate, si presenta generalmente come un'emozione talmente forte e radicata nella psiche umana da oscurare qualunque forma di pensiero razionale²⁴.

Per quanto attiene la funzione di prevenzione generale positiva, il suo presupposto concettuale è che la previsione di sanzione penale in caso di messa in atto di una certa condotta sarebbe in grado di favorire l'identificazione della maggioranza dei cittadini con il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico e dalla norma in esame. Tuttavia, perché questo scopo sia raggiunto è necessaria una tendenziale convergenza tra disapprovazione sociale e disapprovazione legale²⁵, la cui sussistenza al momento è dubbia, soprattutto se si considera che nella maggior parte dei casi i contenuti *online* che incitano all'odio trovano grande condivisione e apprezzamento tra gli utenti. Secondariamente, si dubita che quest'opera di sensibilizzazione possa avvenire esclusivamente con lo strumento del diritto penale: anche se il legislatore spesso sembra dare l'idea che l'introduzione di un nuovo reato risolva tutte le problematiche connesse a quel determinato fenomeno, perché una prevenzione generale positiva possa dirsi efficace alla previsione di sanzione penale si dovrebbero accompagnare misure di incentivo di percorsi culturali e didattici orientati all'abbattimento degli stereotipi e alla diffusione di un clima di tolleranza, sulla scorta di quell'approccio integrato e multilivello di cui si è parlato nel capitolo precedente.

Da ultimo è anche per questo scopo (quello di prevenzione generale positiva) necessario un buon livello di credibilità del sistema penale complessivo che, al momento, per le difficoltà di perseguimento delle condotte sembra mancare²⁶.

²³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 210, dove, per descrivere questo meccanismo, si parla di minaccia della pena come contropinta psicologica alla spinta criminosa.

²⁴ P. B. GERSTENFELD, *op. cit.*, 25.

²⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 211.

²⁶ V. cap. I, par. 1.5.

3. I beni giuridici tutelati dalla norma: ordine pubblico, eguaglianza, dignità umana

Fino a questo momento sono state esaminate le tre ragioni che generalmente vengono poste a fondamento delle argomentazioni di quella parte della dottrina favorevole alla criminalizzazione dei discorsi d'odio e che riguardano l'art. 604-*bis* non in quanto fattispecie singolarmente individuata, bensì come appartenente alla categoria generale dei discorsi d'odio. Se il primo motivo può dirsi di per sé fondato, nonostante le riserve manifestate da alcuni studiosi, le due ulteriori giustificazioni anzidette fanno sorgere, come visto, più di una perplessità. È opportuno ribadire che quanto detto in precedenza non implica il totale rigetto delle medesime, bensì, proprio in ragione delle critiche manifestate da autorevole dottrina, la necessità che esse siano utilizzate solo come “rinforzo” di percorsi argomentativi diversi e più solidi. Nell'esaminare, dunque, le due ragioni che si ritiene dovrebbero assumere un ruolo di primo piano, è necessario confrontarsi direttamente e più approfonditamente con la fattispecie di cui all'art. 604-*bis*, che, sul punto, offre significativi spunti di riflessione.

Punto di partenza di questa indagine è rappresentato dal richiamare il fatto che, ogni qualvolta l'interprete si approcci ad una previsione di legge che sanziona una certa condotta, il primo interrogativo che questo deve porsi è quale sia il bene giuridico tutelato dalla norma, al fine di comprendere se l'intervento penalistico sia giustificato e coerente con il complessivo quadro dell'ordinamento, *in primis* costituzionale. Come noto, infatti, la teoria del bene giuridico, integrata con il principio di *extrema ratio* e di offensività²⁷,

²⁷ In questo senso G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *op. cit.*, 25 ss.; come richiamato in dottrina, la teoria del bene giuridico, nata in Germania sulla base dei principi elaborati alla fine del XVIII secolo, ha consentito di sradicare l'idea tipica dell'epoca pre-illuministica secondo la quale lo scopo del diritto penale sarebbe stato la pubblica vendetta e l'intimidazione: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 6. Tuttavia, la costruzione dell'esatta definizione da dare all'espressione “bene giuridico” ha rappresentato una delle grandi sfide che la dottrina si è trovata di fronte, in ragione del rischio di adottare definizioni ora troppo ampie, ora troppo ristrette. Testimonianza di ciò è la spiegazione data dal giurista tedesco Binding che, sulla scia di Birbaum, sostenne che il bene giuridico dovesse essere identificato con «tutto quello che, agli occhi del legislatore assume valore come condizione di una vita sana della comunità giuridica, alla cui immutata e pacifica conservazione quest'ultima ha interesse secondo la propria visione e che per questo essa mira a proteggere mediante le sue norme da danni o esposizioni a pericolo indesiderate». V. K. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, in G. FIANDACA, *op. cit.*, 20. Gli studiosi hanno, infatti, evidenziato che se bene giuridico è ciò che di volta in volta il legislatore sceglie essere tale, questo concetto, che dovrebbe rispondere anche ad esigenze di contenimento dell'arbitrio del medesimo, diventa in realtà uno strumento per tutelare senza limiti qualunque tipo di

rappresenta ancora oggi il migliore strumento a disposizione per riuscire a razionalizzare la materiale penale e a rinvenire dei limiti per il potere statale²⁸.

Alla luce di queste premesse, nel confronto con le fattispecie di cui all'art. 604-*bis* c.p., la dottrina tradizionale, seguita dalla giurisprudenza, sosteneva che il bene giuridico tutelato dalle medesime fosse rappresentato dall'ordine pubblico. Quest'ultimo è indubbiamente una delle nozioni più difficilmente circoscrivibili nella loro sostanza, tanto che alcuni studiosi lo hanno definito come concetto giuridico "in disordine" per la difficoltà di individuare una sua definizione unitaria²⁹.

Richiamando brevemente il dibattito scaturito sul punto, la dottrina tende a distinguere tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico ideale: mentre il primo viene identificato con vari concetti quali la pubblica tranquillità, l'incolumità pubblica, la sicurezza nazionale e, con una spinta di "modernizzazione", la sicurezza collettiva intesa in senso fisico³⁰, concetti che sono menzionati nel dettato costituzionale, il secondo viene variamente definito come «complesso di principi e valori immanenti all'ordinamento giuridico, suscettibile di essere offeso dalla semplice manifestazione di dissenso politico-ideologico», «ordine legale costituito», «complesso di valori e principi fondamentali contro i quali non può dirigersi neanche la parola» o, ancora, come «l'insieme dei principi, in definitiva astratti e formali, ritenuti fondamentali per la convivenza sociale, risuonandovi ancora l'eco della mera disobbedienza e infedeltà propria della lesa maestà»³¹. Di questa accezione ideale pare non esserci effettivamente alcuna traccia in

interesse o presunto tale, come avvenuto durante la dittatura nazista e fascista, laddove si ritenne di dover tutelare la purezza della razza. Cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2016; G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale*, cit., 19 ss. Da qui l'esigenza di affiancare al concetto di bene giuridico i già citati principi di *extrema ratio* e offensività.

²⁸ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo, 2013, 7. In particolare, gli interrogativi che il legislatore e l'interprete dovrebbero porsi sono tre: che tipo di interesse mira a tutelare la disposizione; vi sono altri strumenti giuridici utili per evitare che questo interesse sia pregiudicato (*id est*: le misure restrittive sono effettivamente necessarie); quali sono le condotte che realmente espongono questo interesse ad una lesione o rischio di lesione.

²⁹ Cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 180; G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, XVIII.

³⁰ E. MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2019, 489; la nozione di "incolumità e salute collettiva" viene accolta anche dalla Commissione Pagliaro nello "Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale", consultabile al sito www.giustizia.it.

³¹ Per queste definizioni cfr. rispettivamente E. MEZZETTI, *op. cit.*, 487; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, 474; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in Enciclopedia del diritto, XXX, Milano, 1980, 1091; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 724.

Costituzione e la dottrina ritiene di poter dare una risposta del perché di questa scelta dei Costituenti: se tale bene giuridico non risponde ad altra esigenza se non al mantenimento dello *status quo*, è evidente che lo stesso, con i suoi confini così indefiniti, potrebbe ben essere piegato a voleri contingenti del potere politico di marca autoritaria e liberticida³². Del resto, un simile ragionamento ha il valore di trovare ampia conferma nei fatti storici che hanno interessato l'Italia durante il ventennio fascista: come disse autorevole dottrina «all'ordine pubblico come fondamento di poteri impliciti, ai limiti o al di fuori del principio di legalità, si fece ampio ricorso durante il periodo fascista [...]. Sotto il fascismo, l'ordine pubblico, come è ovvio, amplia la sua sfera di applicazione: per un verso esso non ha più il vecchio significato meramente negativo, ma significa vita indisturbata e pacifica dei positivi ordinamenti politici, sociali ed economici che costituiscono essenza del regime; per altro verso cessa di essere soltanto il limite di specifiche situazioni di libertà per divenire nelle situazioni di necessità o urgenza, o di pericolo pubblico, fonte di un generale potere di polizia, indeterminato nel suo contenuto»³³. Il rischio più evidente, in definitiva, è che la costruzione di disposizioni penali, che apparentemente hanno a fondamento la tutela dell'ordine pubblico, in realtà sia sostenuta, in modo surrettizio, da istanze di controllo sociale e repressione ideologica³⁴. Da qui deriva coerentemente anche l'ulteriore considerazione secondo la quale sorreggere l'art. 604-*bis* sulla tutela di questo interesse lo esporrebbe a declaratorie di incostituzionalità per lesione di altri beni giuridici parimenti protetti, quale *in primis* la libertà di manifestazione del pensiero.

Di avviso opposto la Corte Costituzionale, la quale è andata ad affermare l'esistenza di un c.d. ordine pubblico costituzionale. Questo concetto è apparso per la prima volta nella giurisprudenza della Consulta con la sentenza 8 Marzo 1962 n. 19 dove i giudici sono stati chiamati a decidere sulla conformità a Costituzione del reato di pubblicazione e diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico. In particolare la Corte ha affermato che «l'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né incompatibile con essi. In particolare, al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente, e basato

³² F. BOCCHINI, *Convivenza civile e ordine pubblico*, in *Nomos*, 2020, 4.

³³ G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 1960.

³⁴ C. FIORE, *op. cit.*, 1093.

sull'appartenenza della sovranità al popolo, sull'eguaglianza dei cittadini e sull'impero della legge è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurvi modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso»³⁵.

Ancora più chiara la sentenza 5 Luglio 1971, n. 168, in cui si prevede che «anche diritti primari e fondamentali (come il più alto, forse, quello sancito nell'art. 21 della Costituzione) debbono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza [...]. È ovvio che la locuzione “ordine pubblico” ricorrente in leggi anteriori al Gennaio 1948 debba intendersi come ordine pubblico costituzionale che deve essere assicurato, appunto, per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo»³⁶.

Più propensa all'accoglimento di una nozione di ordine pubblico in senso materiale è la giurisprudenza di merito e di legittimità che, proprio in merito alle fattispecie di cui all'art. 604-*bis*, lo ha inteso come «buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»³⁷.

Data l'attuale collocazione della norma all'interno del codice nella Sezione I-*bis* introdotta *ad hoc* e che, al momento, vede questa come unica fattispecie contemplata (al di là della circostanza aggravante di cui all'art. 604-*ter*), pare che la lettura della dottrina tradizionale sia stata superata a favore dell'individuazione dell'eguaglianza quale primario bene giuridico tutelato. Anche su questo profilo sono necessarie alcune precisazioni.

Com'è noto, all'art. 3 Cost. possono essere individuate due diverse accezioni di questo principio: una nozione di eguaglianza intesa in senso formale, contenuta al primo comma e più direttamente legata alla lettura data del principio nelle Carte fondamentali e

³⁵ Corte Cost., 8 Marzo 1962, n. 19, par. 4 del Considerato in diritto.

³⁶ Corte. Cost., 5 Luglio 1971, n. 168, par. 3 del Considerato in diritto.

³⁷ Cfr. Trib. Verona, 24 Febbraio 2005, n. 2203. Si tratta della sentenza di primo grado relativo al c.d. Tosi, ritenuta la pronuncia con cui è stata fornita la «chiave costituzionale» per conciliare le disposizioni di cui all'art. 604-*bis* con la libertà di manifestazione del pensiero. Di questa vicenda ci si occuperà *funditus* successivamente. Può essere, tuttavia, già anticipato che questo riferimento all'ordine pubblico si inserisce in un ragionamento molto più ampio in cui il Tribunale arriva ad affermare che in realtà l'interesse primario che le norme sarebbero destinate a tutelare sia quello della dignità umana.

nei testi costituzionali approvati dal XVIII secolo in poi³⁸; una nozione di eguaglianza in senso sostanziale sancita al comma secondo³⁹. Alla luce delle considerazioni svolte da autorevole dottrina⁴⁰, si ritiene che la prima accezione debba essere esclusa dal dibattito sulla rilevanza penale dei discorsi d'odio, posto che, argomentando in senso opposto, il rischio di esporre la norma a censure di incostituzionalità sarebbe pressoché sicuro in ragione della violazione di altri interessi costituzionalmente garantiti. In più, sorgerebbe il dubbio che, in realtà, lo scopo realmente perseguito dal legislatore sia quello di tutelare quell'ordine pubblico ideale di cui si è già detto.

Al contrario, pare che la via corretta sia quella di vedere nella fattispecie considerata l'obiettivo di tutela del principio di eguaglianza inteso in senso sostanziale⁴¹: se, infatti, l'art. 3 Cost. può essere concepito come fondamento dell'«uguale valore associato a tutte le differenze di identità che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona come tutte le altre»⁴², con il discorso d'odio il suo autore nega che il gruppo cui si riferisce, in quanto tale, sia meritevole di ricevere lo stesso

³⁸ Nella Dichiarazione di indipendenza americana tra le «verità di per sé evidenti (*Truths to be self-evident*)» si pone in primo piano che «tutti gli Uomini sono uguali (*all Men are created equal*)»; nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino si afferma all'art. 1 che «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti (*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*)». In Italia anche nello Statuto Albertino, all'art. 24, si era affermato il principio di eguaglianza con la formula «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono uguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici che sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi». Sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'uguaglianza. Il principio etico e la norma giuridica nella vita reale*, Roma, 1983, 38 ss.

³⁹ Sulla centralità di questa seconda accezione del principio di eguaglianza significative sono le parole pronunciate dal relatore Basso e dall'onorevole Fanfani rinvenibili nei lavori preparatori per la definizione del contenuto della Costituzione. Secondo il primo «non basta l'uguaglianza puramente formale, come quella caratteristica della vecchia legislazione, per dire che si sta costruendo uno Stato democratico. L'essenza dello Stato democratico consiste nella misura maggiore o minore del contenuto che sarà dato a questo concreto principio sociale». Per il secondo «noi partiamo dalla constatazione della realtà, perché mentre prima, con la rivoluzione dell'89, è stata affermata l'uguaglianza giuridica dei cittadini membri di uno stesso Stato, lo studio della vita sociale in quest'ultimo secolo ci dimostra che questa semplice dichiarazione non è stata sufficiente a realizzare tale eguaglianza». Il testo dei lavori preparatori è consultabile al sito www.archivio.quirinale.it.

⁴⁰ A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 46 ss. Secondo l'Autore: «L'art. 3 Cost. vieta anche le distinzioni irragionevoli basate sul sesso e sulle condizioni personali e sociali. Sarà per questo legittimo punire chi affermi la superiorità della donna sull'uomo (o viceversa), dell'omosessuale sull'eterosessuale (o viceversa), dell'imprenditore sull'operaio (o viceversa), del povero sul ricco (o viceversa)? Commetterà reato chi proclami vera una religione, falsa le altre? Che tipo di dibattito politico, sociale, religioso, culturale in genere, si avrebbe? E chi stabilirebbe quanto il pensiero «discriminatorio» trova una «ragionevole» ragion d'essere?».

⁴¹ In questo senso v. e multis L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.; L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 193 ss.; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *op. cit.*, 147 ss.

⁴² L. FERRAJOLI, *Iura patriae. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017, 184.

trattamento e di godere delle stesse possibilità riconosciute al resto della collettività⁴³. In modo sicuramente più chiaro è stato affermato che «pur se pubblicamente viene dichiarata l'astratta "uguaglianza fra le razze", senza discriminazioni fondate su dati di natura biologica, l'esaminato atteggiamento ideologico porta a concludere per l'incompatibilità delle culture, delle mentalità, delle "civiltà", giustificando misure di esclusione, di espulsione, di emarginazione, in una parola di discriminazione di coloro che sono ritenuti e/o additati come "inassimilabili" o "non integrabili"»⁴⁴.

Questa conclusione sembra trovare conforto proprio nel fatto che le fattispecie oggi cristallizzate nell'art. 604-*bis*, dopo un percorso legislativo piuttosto lungo, hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento, come già ricordato, in forza della legge di ratifica della Convenzione di New York del 1966 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. All'art. 1 di questa Convenzione la discriminazione viene intesa come «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o 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». Che, dunque, le condotte criminalizzate fossero destinate alla tutela dell'eguaglianza sostanziale sembrava potersi ricavare già ben prima dell'intervento esplicito del legislatore nel 2018, sebbene poi tale interesse sia stato offuscato da quello dell'ordine pubblico⁴⁵.

Così argomentando, il rapporto tra eguaglianza sostanziale e ordine pubblico (si intende esclusivamente quello materiale) viene ricostruito nel senso di affermare che,

⁴³ A questo proposito, l'Anti-Defamation League, una delle associazioni più note e risalenti nel tempo per l'obiettivo di limitare la diffusione di climi di intolleranza verso le minoranze, ha curato la realizzazione della c.d. Piramide dell'odio con cui si mira a dimostrare uno stretto legame tra il diffondersi di queste "narrazioni" e il prodursi, prima ancora di veri e propri atti di violenza come minacce ed aggressioni, di atti discriminatori in tutti i campi della vita sociale, dai meccanismi di assunzione nei posti di lavoro, alla ricerca di alloggi e abitazioni fino all'accesso ai servizi pubblici essenziali. Lo studio è altresì citato in OSCAD, *Quando l'odio diventa reato*, cit., 5; CAMERA DEI DEPUTATI – XVII LEGISLATURA, *Commissione "Jo Cox" sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio – Relazione finale*, 2017, 82, in www.camera.it.

⁴⁴ L. PICOTTI, *op. cit.*, 122. Nella stessa direzione G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.L. 26/4/93 n. 122, come modificato dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 201, secondo il quale, in riferimento alle scelte di politica criminale compiute dal legislatore nel 1993, si sarebbe voluto realizzare «uno specifico intervento repressivo nei confronti di coloro che, sia pure in forma isolata, pongano in essere un comportamento idoneo a sottoporre anche un singolo individuo ad una disciplina arbitrariamente differenziata».

⁴⁵ L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 197.

mentre la tutela della prima consentirebbe di cogliere la dimensione “personalistica” delle fattispecie di illecito penale in esame, implicando che i gruppi resi destinatari delle condotte debbano essere intesi come soggetti passivi in senso tecnico del reato, la salvaguardia del secondo rappresenterebbe una trasposizione delle esigenze di tutela in chiave collettiva⁴⁶. Se altra parte della dottrina si dichiara apertamente contraria ad una qualificazione della fattispecie in termini di reato plurioffensivo valorizzando esclusivamente l’eguaglianza sostanziale⁴⁷, si potrebbe avanzare l’idea che, quantomeno per quel che concerne le condotte poste in essere *online*, la tesi precedentemente esposta non sia totalmente infondata, soprattutto se si considerano le potenzialità diffuse dei discorsi d’odio, nonché le maggiori capacità organizzative degli utenti del *web* che possono facilmente creare gruppi virtualmente estesi all’intero territorio nazionale, se non oltre, al fine di predisporre la messa in atto di condotte violente idonee a ledere la sicurezza dell’intera collettività.

Nel concludere sul tema del bene giuridico tutelato, è necessario dare conto del fatto che una parte della dottrina parli, anziché di eguaglianza sostanziale, di dignità umana, legando, in ogni caso, questo concetto al tema della discriminazione come, peraltro, compiuto anche dalla giurisprudenza⁴⁸. Al pari dell’ordine pubblico, anche questa è una nozione che riesce ad essere circoscritta con grande difficoltà e dalla quale possono discendere equivoci non tollerabili *ex se* in materia penalistica, ma ancor più quando si tratta di tematiche estremamente sensibili (anche su un piano politico) come quello dei discorsi d’odio.

Valorizzato come principio a sé tanto nella Costituzione tedesca all’art. 5 (“*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”) quanto nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea all’art. 1 (“La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”), nel nostro ordinamento la dignità umana trova un riferimento implicito all’art. 2 Cost. dove è accolto in un’accezione “soggettivistica” come diretta conseguenza del principio

⁴⁶ G. PAVICH, E. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 34, i quali pongono a fondamento del proprio ragionamento la sostituzione della nozione di «diffusione» con quella di «propaganda», nonché di «incitamento» con «istigazione» ad opera della modifica legislativa del 2006.

⁴⁷ L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., 134 il quale rifiuta che nelle fattispecie in questione possano ravvisarsi esigenze di tutela collettive.

⁴⁸ G. PAVICH, A. BONOMI, *op. cit.*, 13; L. GOISIS, *Crimini d’odio*, cit., 235 ss.; Corte Cass., sez. III, 13 Dicembre 2007, n. 13234, Bragantini e altri.

personalistico, e uno esplicito all'art. 3 Cost. in una prospettiva "collettivistica" tale da cogliere l'essere umano non più come singolo, bensì come soggetto indissolubilmente legato nei rapporti con gli altri e protagonista del progetto di costruzione della società⁴⁹.

Osservando la giurisprudenza costituzionale, laddove sia richiamata la nozione di dignità umana, essa è correlata all'art. 2 Cost. ed utilizzata in una pluralità di campi diversi, dalla tutela della salute, a quella della libertà individuale, alla salvaguardia della segretezza della corrispondenza, alla protezione dei detenuti⁵⁰. Proprio in ragione dell'eterogeneità dei contesti in cui il concetto di dignità umana è richiamato, può comprendersi a quale critica si esponga l'individuazione della medesima come bene giuridico tutelato da una norma penale. In dottrina, infatti, si è autorevolmente evidenziato che l'identificazione della dignità umana come meta o super-principio derivato dall'art. 2 Cost. assolverebbe a tre scopi⁵¹: in primo luogo fungerebbe da "scialuppa di salvataggio" per riuscire a fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a quelle disposizioni di carattere penalistico in cui si suppongono essere implicate questioni attinenti allo *status* di persona e rispetto alle quali non si è in grado di individuare un bene giuridico più specifico quale oggetto di tutela. In secondo luogo, costituirebbe uno strumento di "*conversation stopper*", nel senso che invocare la dignità umana come fondamento di una legge, da una parte, dispenserebbe l'oratore dal fornire ulteriori spiegazioni del perché si ritenga che la data disposizione in esame sia conforme a Costituzione e, dall'altro lato, di fronte ad un principio così elevato, imporrebbe alla controparte di non sollevare obiezioni. Il rischio ulteriore sarebbe, quindi, quello di servirsi della dignità umana come mezzo per affermare logiche di tipo paternalistico, tese, cioè, a vietare un comportamento prevedendo l'irrogazione di una sanzione senza spiegarne mai la vera ragione. Infine, sarebbe consentito un innalzamento del livello della

⁴⁹ M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, 2007, in www.cortecostituzionale.it; A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2016, Torino, 456.

⁵⁰ V. e multis Corte Cost., 23 Luglio 1991, n. 366 sulla libertà e segretezza della corrispondenza; Corte Cost., 17 Luglio 2001, n. 252 in materia di trattamenti sanitari; Corte Cost., 10 Dicembre 2003, n. 359 in materia di disciplina del mobbing; Corte Cost., 5 Marzo 2007, n. 78 sui diritti dei detenuti e accesso alle misure alternative alla detenzione.

⁵¹ V. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 6 ss. Nella stessa direzione 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*, 2018, 1337, dove si afferma che «La dignità [...] occupa infatti una zona grigia a metà tra diritto e morale, integrando gli estremi di un concetto etico sottile, i. e. un'asserzione tautologica che non chiarisce le sue premesse, ma, appunto, pretende quasi di non essere spiegata».

disposizione basata, in realtà, su interessi concreti meno incontrovertibili sotto il profilo del consenso etico-politico ad essi tributabile (paradigmatica l'associazione con il bene "sicurezza" che, invocato ormai per tutti gli interventi legislativi in materia di ordine pubblico, sembra spesso coprire ben altri intenti e visioni del mondo).

Da queste tre premesse discende sul piano giuridico una conseguenza fondamentale, ovvero impedire il bilanciamento tra la disposizione che avrebbe come obiettivo quello di tutelare la dignità umana e altri diritti o interessi riconosciuti nell'ordinamento giuridico. Se si parte dal presupposto per cui il bilanciamento è una «tecnica argomentativa di risoluzione dei conflitti tra diritti, principi, interessi o interessi diversi che si conclude con la formulazione di apposite leggi di collisione tramite le quali il legislatore e i giudici fissano le condizioni generali e astratte in presenza delle quali un principio, un diritto, un interesse o un valore costituzionale può prevalere su un altro»⁵² e che in un ordinamento democratico non esistono diritti che hanno sempre e comunque, sul piano astratto, la prevalenza assoluta sugli altri⁵³, è chiaro che il tradizionale modo di intendere la dignità umana come super-principio non possa essere accolto.

Alla luce di queste considerazioni, se di dignità *tout court* non pare opportuno parlare in ragione delle molteplici perplessità appena esposte e se tale concetto nel campo in esame deve essere correttamente inteso come declinazione del divieto di discriminazioni di cui all'art. 3 Cost⁵⁴, sembra essere preferibile discorrere direttamente di eguaglianza sostanziale al fine di evitare fraintendimenti.

⁵² A. TESAURO, *op. cit.*, 32 ss.

⁵³ Si sta facendo riferimento alla nota sentenza 85/2013 della Corte Costituzionale elaborata per una materia completamente eterogenea rispetto a quella in esame, ovvero la tutela della salute sul luogo di lavoro e dei livelli occupazionali, ma che, nonostante ciò, contiene l'affermazione di principi di carattere generale. Si riportano alcuni passaggi significativi: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...]. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi [...]. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

⁵⁴ M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *op. cit.*, 4; G. PUGLISI, *op. cit.*, 1340, dove si afferma che «a livello penalistico, affinché l'offesa si collochi in una dimensione intersoggettiva, occorre insistere sulla nozione di eguale rispetto».

3.1. Le problematiche interpretative connesse all'aggravante del negazionismo in ordine all'individuazione del bene giuridico tutelato

Le discussioni appena affrontate sulla necessaria circoscrizione della nozione di dignità umana costituiscono un ponte per l'esame della fattispecie di cosiddetto negazionismo che dal 2016 impegna la dottrina in accesi dibattiti sull'effettiva conformità a Costituzione di questo intervento in chiave repressiva da parte del legislatore. Il primo problema che essa pone riguarda proprio la corretta individuazione del bene giuridico tutelato e, conseguentemente, la sussistenza di una giustificazione per l'incremento di pena, dal momento che le considerazioni svolte nel paragrafo precedente non paiono essere *prima facie* replicabili in modo automatico.

La dottrina favorevole alla criminalizzazione del negazionismo vede in questo particolare tipo di discorso d'odio una lesione del «diritto alla verità e alla giustizia per le vittime», nonché «la violazione della dignità umana delle vittime e dell'umanità intera»⁵⁵. Questo è anche l'orientamento assunto da parte della Corte Costituzionale tedesca che, in merito ad un possibile contrasto dell'art. 130 *StGB* con la libertà di manifestazione del pensiero, ha escluso la sua sussistenza in ragione del fatto che le esternazioni negazioniste andrebbero a ledere la dignità di tutti i popoli coinvolti negli avvenimenti della Seconda Guerra Mondiale, venendo percepite come ingiuste (*unrichtige*)⁵⁶.

Sulla scia di altra parte della dottrina penalistica, si ritiene che argomentare in termini siffatti esponga la disposizione ad una patente incostituzionalità per l'eccessiva indeterminatezza degli interessi indicati. A ben vedere, infatti, le stesse obiezioni che sono state mosse nei riguardi della nozione di dignità umana (che qui peraltro ritorna) possono essere validamente applicate anche in riferimento al diritto alla verità delle vittime e dell'umanità intera, concepibili come «etichette tappa – buchi, dalla funzione taumaturgico - sedativa»⁵⁷.

⁵⁵ L. GOISIS, *op. cit.*, 311.

⁵⁶ BVerfGE, *NJW* 94, 1780, più nota come caso «*Auschwitzlüge*», consultata nella versione tradotta in inglese disponibile al sito www.law.utexas.edu; per un commento della vicenda v. G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO, *op. cit.*, 211.

⁵⁷ G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 Luglio 2016, 24; A TESAURO, *op. cit.*, 2.

Si rende necessario, quindi, verificare se e in che termini anche questa disposizione possa essere inquadrata tra i reati posti a tutela dell'eguaglianza in una prospettiva sostanziale e, secondariamente, dell'ordine pubblico, ponendosi conseguentemente in un rapporto di omogeneità rispetto alle fattispecie dei commi antecedenti dell'art. 604-*bis* c.p.

Per rispondere a questo interrogativo è necessario partire da un presupposto in grado di fornire un'utile chiave di lettura del negazionismo non solo in una prospettiva giuridica, ma anche politica, etica e culturale: la dottrina che si è occupata di questo fenomeno e dell'effettiva utilità dell'utilizzo della sanzione penale ha evidenziato che «il legislatore che si disponesse a studiarne i tratti salienti, scoprirebbe presto un groviglio di premesse ideologiche e di conseguenze politico – sociali che impediscono di sottovalutarne la portata e di liquidare il fenomeno come una faccenda che riguarda pochi esaltati, facilmente risolvibile con l'indifferenza e qualche ora di storia ed educazione civica nelle scuole secondarie [...]. Per penetrare il retroterra culturale che anima la visione negazionista occorre avvicinarsi a un piccolo universo auto referenziato, per alcuni aspetti quasi un genere letterario a sé, che non viene scalfito dalla ragione poiché ha una sua ragione, che riposa sulla negazione»⁵⁸. Esprimendo più sinteticamente ciò che si vuole intendere, per capire dove risieda la necessità di tutela dell'eguaglianza sostanziale a fronte di condotte che paiono essere distanti da questo interesse e molto più

⁵⁸ 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*, 2014, 5. Che i problemi legati al fenomeno del negazionismo siano (o siano stati) probabilmente oggetto di una sottostima da parte della dottrina italiana sembra essere confermato da alcuni contributi in cui, ad esempio, ci si è espressi in questi termini: «Pensiamo che sia utile che i quattro sparuti e sconosciuti negazionisti di casa nostra vengano riconosciuti, indicati per nome, le loro opere comprate e citate perché un mediamente zelante giudice che intende applicare la legge li porti alla sbarra nell'attenzione morbosa dei media per articoli e libri di quasi clandestina diffusione?», e ancora: «Pensiamo davvero che in un'epoca di globalizzazione [...], di libertà di parola mai sperimentata prima grazie a internet (e anche, quindi, di menzogna e stupidità), mandare sotto processo e in galera pochi pseudostudiosi o qualche editore semiclandestino di libelli antisemiti sia utile a porre un freno alle manifestazioni di razzismo antisemita [...]?». Cfr. M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Rivisteweb*, 2007, 507. Più recentemente si sono espressi in tal senso E. FRONZA, M. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 5, secondo le quali «il fenomeno che la norma sarebbe destinata a reprimere è del tutto residuale rispetto ai conflitti che agitano il tessuto sociale: a differenza di altri paesi Europei, le voci negazioniste nel nostro Paese sono isolate e afone». L'impressione che vi sia una generale sottovalutazione del problema è confermata da G. BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Criminalia*, 2018, 252, nota 122, secondo il quale «l'impressione, in effetti, è che nella nostra dottrina si sia sottovalutata la rilevanza del fenomeno, la sua stretta connessione con quei nuovi fascismi sorretti da un consenso sempre più ampio e con cui si è creduto, forse un po' ingenuamente, di non dovere fare i conti, quasi si trattasse di fenomeni circoscritti e di modestissimo impatto».

vicine a banalità frutto dell'ignoranza è indispensabile comprendere in cosa si sostanzialmente il discorso negazionista, penetrando al di là delle vesti apparentemente innocue che lo stesso può assumere.

Tenendo presente che solitamente le riflessioni dottrinali si concentrano soprattutto, se non via esclusiva, sulla negazione della Shoah, il termine negazionismo venne coniato nel 1987 da Henry Rousso per indicare l'insieme di affermazioni, di posizioni e di personaggi che, a vario titolo, si riconoscono nella negazione dell'evidenza dello sterminio degli ebrei per mano nazista, sulla base dell'assunto che questo costituirebbe una menzogna creata ad arte dagli ebrei stessi per perseguire il popolo tedesco ed imporre la loro egemonia nel mondo occidentale⁵⁹. Più precisamente, è stato affermato che il negazionismo sarebbe una forma, seppure paradossale, di "affermazionismo" perché i negazionisti non dicono che Auschwitz non è esistita, che i campi di sterminio e la gassazione non hanno mai avuto luogo, ma che questi fatti esistono in quanto menzogna, falsificazione e deliberata manipolazione con l'intento di bloccare ogni forma di dibattito libero⁶⁰.

La sua nascita viene fatta risalire ai primi anni del secondo dopoguerra con la pubblicazione dei volumi "*Nurember ou la terre promise*" dell'ex vichista M. Bardèche e "*Le mensogne d'Ulysse*" di P. Rassinier, in cui venivano espresse teorie che si ponevano all'esterno come terra d'elezione per la ripresa e l'esaltazione di posizioni neonaziste⁶¹. La prima chiara circoscrizione degli assunti da cui esso trae le mosse è dovuta all'attività dell'*Institute of Historical Review*, il quale ne indicò sette, tutti da osservare obbligatoriamente tra i proseliti⁶²: 1) la "soluzione finale" consisteva nell'emigrazione e non nello sterminio; 2) non ci furono gassazioni (il famigerato Zyklon B veniva usato per la disinfestazione dei pidocchi); 3) la maggior parte degli ebrei scomparsi emigrarono in USA e in URSS, facendo perdere le loro tracce; 4) i pochi ebrei giustiziati erano criminali sovversivi; 5) la comunità ebraica mondiale perseguita chiunque voglia svolgere un lavoro di ricerca onesto intorno alla Seconda Guerra Mondiale, per timore che emerga la

⁵⁹ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Affermazioni assurde e pericolose negano l'evidenza dello sterminio degli ebrei per mano nazista*, 2014, 38, consultabile al sito www.academia.edu.

⁶⁰ Si tratta della definizione data dal Prof. Claudio Vercelli nell'ambito del convegno intitolato "*Shoah e negazionismo nel Web: una sfida per gli storici (p.1)*" la cui videoregistrazione integrale è disponibile sulla piattaforma YouTube.

⁶¹ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, XV ss.

⁶² *Ibidem*; M. CAPUTO, *op. cit.*, 5.

verità dei fatti; 6) l'onere della prova incombe sugli “sterminazionisti”, come sono definiti gli esponenti della storiografia ufficiale⁶³; 7) le contraddizioni presenti nei calcoli demografici di quest'ultima dimostrano con certezza il carattere menzognero delle loro tesi.

A rendere, tuttavia, questa patente falsificazione della realtà più insidiosa è il modo in cui essa si presenta all'esterno: il negazionista non è, infatti, colui che rende manifesta la propria ignoranza attraverso discorsi sgrammaticati e palesemente privi del pur minimo senso logico, ma colui che cerca in tutti i modi di dimostrare che le idee sostenute si fondano su “prove”, “attente analisi”, “esami incrociati di dati”, “osservazioni critiche”, basate sull'uso di un “metodo rigoroso” di “ricerca storica”, nonché politicamente neutro, cioè esente da preoccupazioni di tipo ideologico. Servendosi, quindi, degli stessi strumenti cui ricorrerebbe lo storico (si intende solo in apparenza) e rivendicando a sé il ruolo di “messaggero di verità”, il negazionismo «passo dopo passo ha così raggiunto alcuni dei suoi obiettivi, almeno quelli più facilmente praticabili: ha ingenerato l'impressione, tra una parte del pubblico, che sussista una legittima disputa sull'esistenza o meno dei campi di sterminio e sull'assassinio di massa degli ebrei da parte dei nazisti (e dei loro schierati fascisti); ha instillato il dubbio che la “storiografia sterminazionista”, altro termine sottilmente dileggiante [...], sia quantomeno reticente su alcuni aspetti di

⁶³ Sul tema delle prove dell'Olocausto v. D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Torino, 2022, 11 ss., dove si afferma: «Da qualche parte sarebbero stati scovati dei campi di sterminio di cui nessuno aveva mai sentito parlare, campi in cui si sarebbe consumato il crimine contro l'umanità, la gassazione. Ma come esserne certi? Le prove sono sparute; in molti campi non c'è neppure l'ombra delle camere a gas e negli altri non restano che macerie più non di rado manomesse. Se non esiste il luogo del crimine è lecito dubitare che il crimine stesso abbia avuto luogo. A meno che non ci sia qualcuno a testimoniare. Qui si apre la logica perversa: o il testimone è passato per la camera a gas, ha sperimentato sul proprio corpo quel dispositivo di morte, nel qual caso non dovrebbe poter parlare, perché sarebbe già morto; oppure se il testimone racconta, se è ancora vivo, non è credibile e ciò di cui favoleggia non è una camera a gas. L'attendibilità del testimone starebbe nella sua stessa morte, ma chi è morto non può testimoniare. In altri termini, il negazionista non accetta come prova della camera a gas altro che la vittima ridotta in cenere, la cui testimonianza è evidentemente impossibile [...]. Con la subdola alternativa tra il testimone integrale da un canto, cioè il gassato, l'incenerito, e dall'altro il falso testimone, cioè il superstita, i negazionisti sembrano raggiungere al contempo due obiettivi: rendere non testimoniabile la camera a gas e pregiudicare l'attendibilità dei testimoni. Le vittime che non sono state ridotte al nulla, i pochi sopravvissuti non previsti, vengono condannati a non essere creduti». Si realizza così quell'atroce monito espresso da Primo Levi nella Prefazione de *I sommersi e i salvati*: «I militi delle SS si divertivano ad ammonire cinicamente i prigionieri: “In qualunque modo questa guerra finisca, la guerra contro di voi l'abbiamo vinta noi; nessuno di voi rimarrà per portare testimonianza, ma se anche qualcuno scampasse, il mondo non gli crederà. Forse ci saranno sospetti, discussioni, ricerche di storici, ma non ci saranno certezze, perché noi distruggeremo le prove insieme con voi. E quando anche qualche prova dovesse rimanere, e qualcuno di voi sopravvivere, la gente dirà che i fatti che voi raccontate sono troppo mostruosi per essere creduti: dirà che sono esagerazioni della propaganda alleata, e crederà a noi, che negheremo tutto, e non a voi. La storia dei lager saremo noi a dettarla».

quelle vicende; ha creato, ad arte, una sorta di fittizia contrapposizione tra due “ipotesi” che, nel discorso negazionista, pari merito hanno: quella di chi dice che la Shoah avvenne e quella di chi ne smonterebbe iconoclasticamente la falsa evidenza. Non è un caso, quindi, se i negazionisti, nel non volersi riconoscere come tali, rivendicano invece il ruolo – che diventa per certi una sorta di missione – di liberare dalla “menzogna” la storia»⁶⁴.

Sollevando appena questo velo e portando allo scoperto i veri intenti del fenomeno in esame, ci si accorge che esso in realtà si pone «sul piano politico e ideologico come la prosecuzione [...] di un discorso di legittimazione del nazismo attraverso la cancellazione degli aspetti più aberranti e impresentabili della sua storia»⁶⁵, ovvero «una manifestazione particolarmente odiosa di antisemitismo»⁶⁶, attorno alla quale «si aggruppano gruppi di matrice neonazista»⁶⁷. Naturale conclusione delle logiche negazioniste è, dunque, la seguente: «se l'Olocausto è un'invenzione, ecco che gli ebrei tornano a essere i tessitori di un complotto di livello mondiale e il sospetto/pregiudizio/persecuzione nei loro confronti un'opzione che merita quantomeno considerazione»⁶⁸.

Date tutte queste premesse, la fattispecie di negazionismo, pur appalesandosi spesso all'esterno con toni e concetti assolutamente *sui generis*, può essere ricondotta a sistema, rinvenendo in essa la necessità di tutelare gli stessi beni contro cui si contrappongono le altre manifestazioni di discorsi d'odio, evitando di invocare concetti che, per quanto condivisibili sul piano etico e culturale, si vedono connaturati da un'intrinseca debolezza su quello giuridico. Tesi che potrebbe risultare corroborata da un rilievo topografico e uno linguistico: in base al primo, si deve valorizzare il fatto che la condotta sia pur sempre

⁶⁴ C. VERCELLI, *op. cit.*, 40.

⁶⁵ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma – Bari, 2013, 7.

⁶⁶ G. SACERDOTI, *Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica*, in SIDIBlog, 15 Gennaio 2014; G. BALBI, *Il negazionismo*, 252.

⁶⁷ C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare, ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in Criminalia, 2013, 286. L'Autore prosegue: «Gli assiomi e i corollari del negazionismo condividono, in altre parole, una *allure* difficilmente contestabile: dietro il negazionismo, come anche dietro la minimizzazione grossolana, esistono spesso, anche se non sempre, profondi sentimenti antisemiti, maldestramente spacciati a volte per antisionismo, a volte per amore della verità. Da questo punto di vista, sul piano dei fatti anche se non nel cielo dei concetti, negare l'Olocausto o minimizzarlo grossolanamente si inserisce in una più ampia strategia finalizzata a ridurre le colpe storiche dei nazisti per riaffermare la bontà delle loro idee e/o gettare sugli ebrei alcune responsabilità per difendere posizioni antisemite. Del resto se l'Olocausto non è mai avvenuto ma anzi è una colossale mistificazione storico – politico, o se anche è solamente minimizzabile, il nazismo si spoglia di buona parte delle turpitudini morali che gli vengono attribuite e può superare una soglia di rispettabilità politica tale da essere pubblicamente presentabile, ideologia tra le altre e in competizione con le altre per la definizione del miglior ordine politico».

⁶⁸ *Idem*, 296.

disciplinata tra i delitti contro l'eguaglianza; in base al secondo, il testo della norma, con il dire "Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah [...]", sembra chiaramente intendere che la condotta negazionista è punita solo in quanto particolare modalità di manifestazione delle condotte di cui all'art. 604-*bis* comma 1. A questo proposito in dottrina è stata compiuta una distinzione tra i concetti di negazionismo-vilipendio e negazionismo-istigazione⁶⁹: mentre nel primo caso la repressione della condotta è giustificata dalla necessità di preservare l'intangibilità morale e la sacralità di una vicenda storica, nel secondo la carica offensiva sarebbe rinvenibile nella capacità di far apparire verità una patente menzogna con l'obiettivo di fare proseliti e alimentare sentimenti di disprezzo verso gruppi etnici, sociali, religiosi e simili. Propendendo per quest'ultima soluzione, il legislatore ha sicuramente ristretto il campo del penalmente rilevante, escludendo, infatti, le affermazioni farneticanti che si pongono al di fuori del circuito della propaganda, dell'istigazione e dell'incitamento⁷⁰.

Diretta conseguenza di quanto appena affermato è l'inquadramento dogmatico del negazionismo tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale, anziché tra le fattispecie autonome, stando all'orientamento assunto dalla dottrina maggioritaria, che non manca di evidenziare come questa sia una soluzione di compromesso per cercare di non invadere eccessivamente il campo della libertà di manifestazione del pensiero⁷¹. Nonostante il

⁶⁹ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2016, 984 ss.; F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in disCrimen, 2018, 13 ss.

⁷⁰ Una simile distinzione sembra essere propria anche del percorso argomentativo sviluppato dal *Tribunal Constitucional* spagnolo in una famosa pronuncia con cui è stato dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 607, comma 2 c.p. che puniva la negazione e la giustificazione dei crimini di genocidio. In tale sentenza, la Corte, infatti, ritenne contrastante con la libertà di manifestazione del pensiero l'incriminazione del negazionismo a prescindere dall'istigazione alla commissione di un delitto. A commento della vicenda giudiziaria v. L. GOISIS, *op. cit.*, 322. Una parte della dottrina ritiene, invece, che questa sentenza debba essere letta come punto di riferimento per sostenere l'illegittimità *tout court* di qualsiasi intervento penale in materia di negazionismo; in questo senso E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., 111.

⁷¹ V. e multis F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 15 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, 314; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in Diritto penale contemporaneo, 2015, 326; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *op. cit.*, 32. Tra le maggiori conseguenze della qualificazione del negazionismo in termini di circostanza aggravante vi è la possibilità di effettuare il bilanciamento di questa con una circostanza attenuante in applicazione dell'art. 69 c.p., aspetto che può certamente ridurre in modo significativo l'effettività della disposizione. Altro aspetto critico concerne la possibilità di ascrivere l'aggravante anche a titolo di colpa, sebbene la possibilità che questo si verifichi in concreto appare alquanto

mancato utilizzo della tipica formula “la pena è aumentata” e la costruzione dell’enunciato normativo attraverso un rinvio alla fattispecie già contenuta nella disposizione che disciplina il reato-base, è stato osservato che è solo tramite un rimando, seppur implicito, all’oggetto di cui alle lettere a) e b) che le condotte sanzionate nel comma 3 possono assumere un significato compiuto⁷².

4. La costruzione della fattispecie come reato di pericolo concreto

A sostegno della criminalizzazione dei discorsi d’odio può essere speso un ulteriore argomento centrale, dato dalla possibilità di ricostruire la fattispecie come reato di pericolo. Trattasi di un profilo che rappresenta un completamento delle considerazioni sin qui svolte sulla corretta individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma: se i discorsi d’odio costituiscono il preambolo per il compimento di atti di discriminazione via via più gravi, fino a sfociare in vere e proprie violenze e disordini⁷³, la criminalizzazione di tali discorsi costituirebbe uno strumento di anticipazione della soglia di rilevanza penale idonea a prevenire il concretizzarsi degli eventi di cui si è detto, nonché un modo per evidenziare che ad essere sanzionato non è il contenuto di pensiero *ex se*, bensì gli effetti che questo può avere nel mondo esterno. Tuttavia, posto che ogni

remota. *Contra* A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo «reato» di negazionismo*, in Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo, 2016, 294 ss., il quale ritiene si tratti di un reato autonomo sulla base di una pluralità di rilievi: non viene fatto uso della locuzione “la pena è aumentata”; la forbice edittale è particolarmente severa e determinata nel *quantum*; la volontà di introdurre un’autonoma fattispecie di reato sarebbe chiaramente rinvenibile dalla lettura degli atti parlamentari; la sostanziale eterogeneità delle condotte punite ai sensi del primo e del terzo comma, eterogeneità data dal fatto che il terzo comma richiede, quale elemento ulteriore, il concreto pericolo di diffusione. Nello stesso senso E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, in www.la legislazione penale.eu, 8 Febbraio 2018, 17-18, secondo la quale il reato di negazionismo avrebbe ad oggetto l’istigazione o la propaganda che sia idonea alla diffusione, escludendo in questo modo la sussistenza di un rapporto di specialità tra le fattispecie di cui al comma 1 e quelle di cui al comma 3.

⁷² Cfr. altresì F. BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale, Tutela della persona*, Torino, 2019, 411 ss. secondo il quale «la circostanza aggravante “si appoggia” infatti ai delitti di propaganda e di istigazione a delinquere per motivi di discriminazione etnica, razziale e religiosa, assegnando un maggior disvalore penale, con conseguente innalzamento della pena, a forme di discorso che si fondino, in tutto o in parte, sulla negazione o sulla minimizzazione o sull’apologia della Shoah o dei crimini di genocidio».

⁷³ V. *supra* nota 43.

anticipazione può portare con sé la lesione di principi cardine della materia penale, *in primis* quello di offensività, nonché di diritti costituzionalmente garantiti, e che di pericolo si parla espressamente solo nel comma 3, si rendono necessarie alcune riflessioni su come tale qualificazione debba essere intesa alla luce del quadro giurisprudenziale e dottrinale.

Com'è noto, i reati di pericolo si distinguono al loro interno tra reati di pericolo astratto e concreto: mentre nei primi «il legislatore, sulla base di comuni regole di esperienza, incrimina condotte normalmente e tipicamente pericolose per beni giuridici di particolare rilievo [...] senza però richiedere, per l'integrazione del reato, che si realizzi in concreto siffatto pericolo», nei secondi il pericolo rappresenta espressamente o implicitamente un elemento della fattispecie e la sua reale sussistenza deve essere verificata mediante un criterio di prognosi postuma e un giudizio a base totale con cui accertare che, sulla base di tutte le circostanze concretamente esistenti, fosse probabile la produzione dell'evento dannoso⁷⁴.

La Corte Costituzionale, come già detto, non è mai stata investita della questione di compatibilità con la Legge fondamentale dei precetti oggetto del presente approfondimento. Nonostante ciò, tra tutte le sentenze rese nel tempo relativamente ai cosiddetti reati di opinione, ve ne sono in particolare alcune molto vicine al tema in esame in cui le fattispecie vengono qualificate di pericolo, conducendo la disamina nella prospettiva di una possibile lesione della libertà di manifestazione del pensiero.

Ad esempio, con sentenza 23 Aprile 1970, n. 65 la Consulta si è pronunciata in merito alla possibile violazione dell'art. 21 Cost. ad opera della fattispecie di apologia di delitto di cui all'art. 414 comma 3 c.p.: secondo la Corte la disposizione oggetto di scrutinio non avrebbe determinato un'inaccettabile limitazione della libertà di manifestazione del pensiero se si fosse considerata penalmente rilevante solo l'apologia diretta e idonea a provocare la violazione delle leggi penali. Molto chiaramente i giudici affermano: «Non sono concepibili libertà e democrazia se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare. L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la

⁷⁴ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 2 – Il reato*, Milano, 2017, 45 ss.

manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»⁷⁵.

La Corte segue, quindi, due direttrici: la qualificazione dell'apologia in termini di istigazione indiretta⁷⁶, l'assunzione dell'ordine pubblico quale bene giuridico tutelato e la qualificazione dell'illecito in termini di reato di pericolo concreto. Certo è che una parte della dottrina ha sollevato forti critiche nei riguardi di questa interpretazione: *in primis* si afferma che, a voler intendere l'apologia come un reato di pericolo concreto coincidente con un'istigazione indiretta, si darebbe legittimazione ad una fattispecie assolutamente inutile in quanto già ricompresa nel primo comma dell'art. 414 c.p.⁷⁷. Se, invece, si volesse evitare questa conseguenza, si dovrebbe qualificare la condotta come reato di pericolo presunto, scivolando, però, verso una eccessiva anticipazione della tutela penale⁷⁸.

Sempre in materia di condotte apologetiche viene in rilievo la sentenza 16 Gennaio 1957, n. 1 dove si discute della costituzionalità dell'art. 4 legge 20 Giugno 1952, n. 645, relativo al reato di apologia di fascismo. Il percorso argomentativo utilizzato è il medesimo della pronuncia appena vista: secondo la Corte l'unica condotta penalmente rilevante è quella che non si riduce in una mera difesa elogiativa, ma travalica in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista vietata dal primo comma della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Con sentenza di poco successiva, la n. 74 del 25 Novembre 1958, la Corte ribadisce il proprio orientamento nell'interpretazione generale della L. 645/1952, in questo caso in relazione

⁷⁵ Corte Cost., 23 Aprile 1970, n. 65, par. 6-8 del Considerato in diritto.

⁷⁶ In dottrina v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Vol. II, Milano, 1997, 234.

⁷⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, 480; L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 186, dove si compie anche un interessante confronto con il criterio del *clear and present danger* come rivisitato nella sentenza *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), da parte della Corte Suprema statunitense, sostenendo che questa pronuncia della Corte Suprema americana e la posizione della Corte Costituzionale possano essere viste come un esempio tacito di dialogo tra corti. In particolare la dottrina del *clear and present danger* ha rappresentato fin dalla risalente sentenza *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), il principale criterio al fine di verificare la compatibilità con il I Emendamento della Costituzione americana delle fattispecie incriminatrici di contenuti di pensiero. Nato nel corso della Prima Guerra Mondiale e originariamente consistente nell'affermare non coperto dalla tutela costituzionale la manifestazione di idee idonee a causare un danno, anche se futuro ed eventuale, all'ordine costituito, con la sentenza *Brandenburg* si ammette l'incriminazione del discorso d'odio solo laddove si ravvisi la sussistenza di tre requisiti, ovvero l'intenzione di incitare o causare azioni illecite (elemento psicologico), l'imminenza dell'evento (elemento temporale), e la concreta probabilità del suo verificarsi (elemento probabilistico).

⁷⁸ A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 728; E. MEZZETTI, *op. cit.*, 504.

a manifestazioni fasciste (*id est*: il saluto romano): ad essere vietata non è «qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido [...]». Il legislatore, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»⁷⁹.

Questa qualificazione di reato di pericolo concreto è ritenuta propria anche dell'art. 2 comma 1 del d.l. 122/1993 che vieta nelle pubbliche riunioni il compimento di manifestazioni esteriori o l'ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Sebbene non vi siano state sul punto pronunce della Consulta, la dottrina è orientata nel vedere la norma come un presidio del pericolo di verificazione di fenomeni "organizzati" di razzismo⁸⁰.

In questo senso si è orientata anche la giurisprudenza di legittimità in alcune famose pronunce: ad esempio, la Corte di Cassazione ha confermato le condanne a carico di due imputati per avere questi, in occasione di un incontro pubblico in memoria delle vittime delle foibe, effettuato il saluto romano e urlato in coro "presente", sulla base del presupposto che «risultava allora - come oggi - legittima l'incriminazione di condotte che risultino possibili e concreti antecedenti causali di ciò che resta costituzionalmente inibito, ossia la riorganizzazione del disciolto partito fascista, e ciò in relazione alle modalità di realizzazione delle stesse, posto che il fatto deve trovare nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste»⁸¹. Ad analoga conclusione si giunse in merito alla messa in atto delle medesime condotte nel corso di una partita di calcio trasmessa in televisione, alla

⁷⁹ Corte Cost., 25 Novembre 1958, n. 74.

⁸⁰ A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 7-8.

⁸¹ Corte Cass., Sez. I, 12 Settembre 2014, n. 37577.

presenza di ventimila spettatori, da parte di alcuni soggetti già noti alle forze dell'ordine per far parte di un gruppo di ultras, attestati su posizioni politiche di estrema destra e sottoposti a DASPO⁸². In entrambe le pronunce citate, così come nelle sentenze della Corte Costituzionale si mette chiaramente in evidenza che, nel momento in cui viene fatto divieto di ricostituzione del partito fascista, il pericolo concreto di messa in atto di condotte vietate debba evincersi già dalla predisposizione di tutte quelle azioni necessarie per acquisire consensi, elemento ricavabile dal fatto che le disposizioni penali in materia richiedano il requisito della pubblicità.

Ad una declaratoria di illegittimità costituzionale si è giunti, invece, in relazione all'originaria formulazione dell'art. 415 c.p., con il quale era punita la condotta di istigazione all'odio fra le classi sociali, sulla base del rilievo che «l'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine (quelle che sostengono la necessità del contrasto e della lotta tra le classi sociali, *n.d.r.*), che non suscitano di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 della Costituzione»⁸³.

Alla luce di queste considerazioni, sembra di poter sostenere l'idea, già in precedenza menzionata, che le fattispecie di cui all'art. 604-*bis* c.p. debbano essere qualificate di pericolo concreto rispetto ai beni giuridici dell'eguaglianza sostanziale e dell'ordine pubblico, evitando così di cadere in un'eccessiva anticipazione della soglia di rilevanza penale come accadrebbe se si propendesse per una qualificazione in termini di pericolo presunto.

⁸² Corte Cass., Sez. I, 17 Maggio 2016, n. 20450. Deve, tuttavia, segnalarsi anche una pronuncia orientata verso la qualificazione della condotta del saluto fascista in termini di reato di pericolo astratto: trattasi di Corte Cass., Sez. I, 27 Marzo 2019, n. 21409, dove il collegio ha fatto impiego di questa categoria per dichiarare infondato il ricorso promosso dall'imputato che, durante una seduta pubblica della Commissione congiunta di un comune dove si discuteva dello sgombero di un insediamento Rom, aveva compiuto il gesto menzionato. Sia permesso evidenziare, che guardando alle caratteristiche proprie dei fatti come riportati all'interno della sentenza, non sarebbe da escludere la possibilità di abbracciare anche in questo caso la qualificazione della condotta in termini di reato di pericolo concreto come sopra ricostruito (soprattutto nella componente di raccolta dei consensi): da valorizzare sarebbe stato, per esempio, il fatto che il soggetto agente fosse un noto esponente della comunità, che egli avesse già cercato di raccogliere consensi attraverso l'organizzazione di una manifestazione contro il Comune di Milano, poi evitata solo in ragione dell'invito a partecipare alla Commissione congiunta, e che fosse estremamente forte il clima di tensione sociale culminato nella proposta di espulsione di tutti i nomadi economicamente non autosufficienti.

⁸³ Corte Cost., 5 Aprile 1974, n. 108, par. 4 del Considerato in diritto.

In dottrina, con riguardo al solo interesse dell'eguaglianza sostanziale, è stato affermato che già di per sé «il venir meno del “riconoscimento e rispetto” da parte di appartenenti alla collettività locale, in cui concretamente la persona od il gruppo di persone esposte vivono ed operano, rappresenta una reale minaccia per il loro diritto alla non discriminazione, determinando realmente e concretamente rapporti sociali in cui non sono accettati né riconosciuti nella loro “diversità”, quali meritevoli di una piena “dignità di uomini”»⁸⁴.

A questa argomentazione si potrebbe obiettare che, così ragionando, qualunque manifestazione di idee mediante l'utilizzo di termini da cui traspaia disprezzo, odio, disgusto o anche, banalmente, mera antipatia nei confronti di un gruppo che presenti una certa caratteristica protetta sarebbe sanzionabile, allargando a dismisura e in modo del tutto irrazionale i confini del penalmente rilevante e violando i principi di offensività ed *extrema ratio* propri della materia. In realtà, si ritiene che questa obiezione possa essere respinta guardando al dato letterale dell'art. 604-*bis* c.p. dove sono richieste specifiche modalità di messa in atto della condotta e di contenuto oggettivo delle espressioni. Per quanto concerne il primo profilo la disposizione parla di “propaganda” ed “istigazione”: come si dirà anche successivamente⁸⁵, in base agli orientamenti maggioritari consolidati e ribaditi da una recente pronuncia⁸⁶, la propaganda di idee consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico, nonché alla raccolta di adesioni. Alla luce di ciò «la propaganda rappresenta una diffusione qualificata, dal carattere “attivizzante”, vale a dire idoneo ad indurre nei destinatari della diffusione un atteggiamento psicologico o materiale di assimilazione delle idee propagandate»⁸⁷. Del pari, l'istigazione non si concretizza in un semplice sostegno o adesione, ma presuppone un'attività diretta a convincere terzi a porre in essere la condotta violenta o discriminatoria.

Per quanto attiene il profilo oggettivo, la disposizione richiede che la propaganda e l'istigazione riguardino idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico oppure il compimento di atti di discriminazione. La giurisprudenza ha anche circoscritto l'aspetto

⁸⁴ L. PICOTTI, *op. cit.*, 135-136.

⁸⁵ V. *infra* par. 3 anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁸⁶ V. Corte Cass., Sez. VI, 20 Novembre 2020, n. 33414.

⁸⁷ M. GAMBÌ, *I “discorsi d'odio” nella visione del giudice penale di legittimità. Nota a Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 33414/2020*, 12 Aprile 2021, par. 2.2.1, consultabile al sito www.filodiritto.com.

meno chiaro della disposizione, ovvero il significato di “odio razziale o etnico”: esso sarebbe integrato «non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori»⁸⁸. Per quanto attiene la definizione di discriminazione, viene fatto generalmente riferimento al già citato art. 1 della Convenzione di New York del 7 Marzo 1966, cui si rinvia.

Pertanto, non qualsiasi condotta di manifestazione del pensiero sarebbe idonea ad integrare la fattispecie, né qualunque espressione di astio nei confronti dei gruppi tutelati dalla norma. La validità di questa conclusione si coglie proprio dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione prima citata: la vicenda aveva coinvolto un uomo che, salendo su un treno e vedendo tra i passeggeri una famiglia straniera, aveva affermato “Farò anch’io come fanno questi asociali, ogni anno un figlio. Vivrò di assegni familiari”. La Corte ritenne di dover accogliere il ricorso promosso dalla difesa per violazione ed erronea applicazione dell’art. 604-*bis* comma 1 lettera a), non avendo i giudici di merito effettuato una verifica in concreto delle modalità di messa in atto della condotta. Richiamando le predette definizioni dei termini utilizzati all’interno della disposizione, la Corte ha chiarito che «l’interpretazione di tali elementi normativi deve essere compiuta dal giudice tenendo conto del contesto in cui si colloca la singola condotta, in modo da assicurare il contemperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione con quello di libertà di espressione, e da valorizzare perciò l’esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto»⁸⁹. Il collegio concluse che nel caso di specie era stata sì pronunciata una frase denigratoria da cui traspariva un sentimento di ostilità nei confronti di persone provenienti dall’area turca o araba in ragione dei comportamenti da queste tenuti, ma essa non sarebbe stata tale da integrare l’elemento costitutivo della condotta di propaganda⁹⁰.

⁸⁸ V. Corte Cass., Sez. VI, 20 Novembre 2020, n. 33414, cit.

⁸⁹ Corte Cass., *cit.*, par. 9.

⁹⁰ Altra vicenda giurisprudenziale significativa soprattutto per il tenore dei messaggi diffusi è data da Corte Cass., Sez. I, 16 Gennaio 2020, n. 1602, dove la Suprema Corte ha annullato con rinvio una sentenza della Corte di Appello di Milano che aveva condannato i due imputati per aver esposto su un camion pubblicitario un manifesto con il messaggio “Clandestino uccide tre italiani a picconate – pena di morte subito” accompagnato dall’immagine di una ghigliottina e dalla testa mozzata di un uomo di colore. Nel motivare la decisione, la Corte evidenziò che nel caso di specie i giudici di secondo grado non avessero sufficientemente motivato sulla base di quali elementi fondare la prova al di là di ogni ragionevole dubbio della concreta pericolosità della condotta contestata.

Non può, in ogni caso, tacersi il fatto che una parte della dottrina ravvisi in questa linea interpretativa due criticità principali⁹¹: innanzitutto, la possibilità di polarizzare la criminalizzazione sulle iniziative di propaganda anti-integrazione ad alto tasso di “politicità intrinseca”, trasformando in tabù il discorso pubblico sull’immigrazione; nonostante l’Autore soffermi l’attenzione su questa specifica area tematica, nulla impedisce di estendere la valenza di questa critica anche alle discussioni di rilievo politico che coinvolgono gli altri tratti e qualità protetti, quali, a mero titolo di esempio, l’opportunità che le donne di religione islamica circolino in luoghi pubblici con il velo integrale oppure l’estensione anche alle coppie omosessuali dell’accesso alle pratiche d’adozione.

Secondariamente, viene evidenziato il rischio di far dipendere da una serie di variabili di contesto, non individuabili *ex ante*, la sussistenza di responsabilità penale o meno, dovendo necessariamente procedere secondo un approccio “caso per caso”.

A questi rilievi si vuole, tuttavia, tentare di rispondere: per quanto concerne il primo, in linea con consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁹², si potrebbe partire dal principio generale secondo cui il dibattito politico, pur essendo fondamentale strumento di sviluppo della società, poiché finalizzato a trovare risposte alle più disparate esigenze della collettività, non è esente da limiti. Per quanto caustiche possano essere le critiche, per quanto sensibili le tematiche affrontate, niente legittima che tale dibattito possa svolgersi nelle forme proprie dell’art. 604-*bis* c.p. In caso contrario si arriverebbe all’esito paradossale di dichiarare che, se in linea di principio la libertà di manifestazione del pensiero non è assoluta, questo non varrebbe per il dibattito politico che, in quanto tale, si sottrarrebbe a qualunque forma di bilanciamento⁹³. L’affermazione, poi, secondo

⁹¹ Per l’analisi di questi profili critici cfr. A TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 120 ss.

⁹² V. *e multis Erbakan v. Turchia*, 6 Luglio 2006, No. 59405/00, *Féret v. Belgium*, 16 Luglio 2009, No. 1561/07, *Le Pen v. Francia*, 20 Aprile 2010, No. 18788/09.

⁹³ In termini simili P. TANZARELLA, *L’hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 154-155, dove si afferma che, attribuendo all’art. 604-*bis* una funzione di tipo “educativo”, i cittadini cui *in primis* la norma si dovrebbe rivolgere sono gli uomini pubblici, «ciò per una ragione molto semplice: evitare che si strumentalizzino il potere da loro esercitato per fuorviare le masse incitandole ad assumere atteggiamenti discriminatori». Su questa stessa linea l’Autrice colloca anche la giurisprudenza, citando la condanna per istigazione all’odio razziale dell’ex sindaco di Treviso Gentilini, dove il Gip sostenne: «Il tono, l’impostazione oratoria, la tecnica dimostrativa e la perorazione sono espressioni sì di passione politica, volta peraltro, nell’occasione, a scatenare la passione della folla, la condivisione delle idee marcatamente discriminatorie, l’estensione del consenso a questo programma di sostanziale pulizia etnica, razziale e religiosa [...]. Il contesto è quello di un grande raduno politico, davanti ad una folla plaudente,

la quale il discorso pubblico sull'immigrazione con la teoria prima descritta diventerebbe un tabù appare eccessiva⁹⁴, nel senso che sembra quasi dare per scontato che di immigrazione non si possa parlare se non ricorrendo ad espressioni di disprezzo e disgusto nei confronti dei popoli migranti. Ma anche se così fosse, non bisogna dimenticare quanto detto prima in merito alla circoscrizione sul piano contenutistico delle espressioni penalmente rilevanti. Di conseguenza, il discorso pubblico sull'immigrazione può ben ricorrere a parole colorite, se non addirittura volgari, purché non consistano né nella teorizzazione di idee di superiorità/inferiorità razziale né in affermazioni che possano portare al compimento di atti discriminatori o di violenza. Questo concetto può anche tradursi con un esempio concreto: si consideri l'affissione di un manifesto su una strada pubblica molto frequentata attribuita ad un soggetto molto noto ed influente nella comunità di riferimento in cui sia riportata, ad esempio, la frase: “Basta sbarchi! Sì a misure di respingimento in mare!”. È evidente che con un manifesto di questo tipo si sta comunicando un'idea molto precisa su come dovrebbe essere gestita la politica migratoria, richiedendo, peraltro, la messa in atto di soluzioni rigide e *tranchant*, incuranti del quadro normativo, anche sovranazionale, esistente. Nulla però, in questo caso, potrebbe integrare gli estremi dell'art. 604-bis.

Si pensi ora alla medesima situazione, ma immaginando un manifesto che rechi lo *slogan* “Non possiamo diventare la cloaca d'Europa. Fuori i clandestini dall'Italia”, eventualmente accompagnata dall'immagine di un migrante raffigurato con le fattezze di un animale oppure in procinto di commettere atti violenti nei confronti della comunità. Il tema è il medesimo del primo esempio, la gestione dei flussi migratori, ma cambia completamente il messaggio veicolato: l'utilizzo del termine “cloaca” comporta il compimento di un'associazione piuttosto esplicita tra migranti e rifiuti, la rappresentazione di un uomo con le fattezze da animale implica che al soggetto appartenente a quella data categoria è negata la qualità di essere umano, la raffigurazione del migrante che commette reati è diretta a creare un clima di allarme e a vedere l'intera categoria come un insieme di delinquenti. In definitiva, l'esortazione “Fuori i clandestini dall'Italia”, nel quadro complessivo appena descritto, appare non come una soluzione al

coesa, adesiva e pertanto suggestionabile, pronta all'accoglienza di un siffatto verbo non certo in metafora, ma in concretezza e consequenzialità».

⁹⁴ Si sofferma l'attenzione su questo specifico profilo in quanto unico menzionato dall'Autore. Altri esempi potrebbero essere elaborati con riferimento alle discussioni riguardanti i temi in precedenza menzionati.

problema migratorio, quanto piuttosto una sorta di “via naturale” con la quale tracciare una linea netta tra chi è umano e dunque vittima dell’invasione di “rifiuti criminali” e chi, invece, non lo è per il solo fatto di appartenere ad una data categoria e che, esclusivamente per questo, non merita di godere delle stesse possibilità. Pur trattando dello stesso tema, è evidente che, se nel primo esempio nessuna responsabilità penale ex art. 604-*bis* può dirsi sussistente, nel secondo non pare di poter dire lo stesso.

Quanto alla seconda critica, è sicuramente vero che una valutazione caso per caso, con il rischio di maggiore difficoltà nella prevedibilità dell’esito decisorio, è uno dei tratti peculiari delle fattispecie in esame. Del resto ciò emerge anche dall’esempio appena riportato in merito al diverso contenuto dei due manifesti. Tuttavia, pare di poter affermare che questo sia un tratto tipico della materia del diritto penale e non solo delle disposizioni relative ai discorsi d’odio, nel senso che, nel momento in cui si è chiamati a valutare la sussistenza di responsabilità di un soggetto, non ci si può sottrarre dalla valorizzazione di tutti gli elementi propri della vicenda, come tali imprevedibili *ex ante*. L’incasellamento della pressoché sterminata variabilità dei comportamenti umani in categorie generali ed astratte è, peraltro, una delle grandi sfide del legislatore penale. Che, eventualmente, questo profilo sia accentuato per le ipotesi di cui all’art. 604-*bis* si può ammettere, ma, escludendo chiaramente le ipotesi di totale arbitrio da parte dell’organo giudicante, forse è un rischio che si deve correre al fine di evitare, da una parte, di dover scivolare verso una qualificazione delle condotte in termini di reato di pericolo astratto, soluzione che comporterebbe, come già detto, un’eccessiva ed irragionevole anticipazione della tutela e, dall’altro, l’abrogazione della fattispecie, aprendo così le porte alla lesione dei beni giuridici coinvolti. Da ultimo, si ritiene che, forse, più che di rischio si dovrebbe parlare di conseguenza inevitabile, discendente dalla qualificazione delle condotte penalmente rilevanti in termini di reato di pericolo concreto, dovendosi eventualmente, dunque, spostare la discussione dalla singola fattispecie alla categoria generale.

Infine, per quanto attiene alla fattispecie di cui all’art. 604-*bis* comma 3, è stato affermato in dottrina che in questo caso la riconducibilità della propaganda e dell’istigazione negazionista alla categoria dei reati di pericolo concreto sarebbe resa

palese dall'uso dell'espressione "concreto pericolo di diffusione"⁹⁵. A tal proposito è opportuno evidenziare che l'introduzione di questo inciso è stata frutto di un lungo e complesso dibattito parlamentare che ha portato a preferire un presupposto della punibilità così formulato, anziché la pubblicità della condotta⁹⁶. Quello della diffusività rappresenterebbe, dunque, un *quid pluris* specializzante rispetto alla norma generale⁹⁷, che trova senza dubbio campo primario di applicazione con riguardo all'uso delle tecnologie informatiche.

5. Argomenti di ordine generale contrari alla previsione di sanzioni penali

Esposti gli argomenti che vengono impiegati per sostenere gli interventi penalistici in materia, vi è una parte della dottrina che solleva forti critiche di fronte a questa eventualità, potendosi distinguere valutazioni di ordine generale comuni a crimini e discorsi d'odio e altre di carattere più puntuale che concernono solo i secondi.

La prima critica che viene mossa è quella secondo la quale la predisposizione di provvedimenti normativi volti a reprimere i crimini d'odio sarebbe in grado di rafforzare le ideologie identitarie (c.d. *identity politics*) comportando una sempre maggiore divisione tra i gruppi e un conseguente aumento delle dinamiche violente, effetto opposto rispetto a quello auspicato⁹⁸. Le premesse per addivenire a questa conclusione sono tre: innanzitutto, queste ideologie identitarie sarebbero state generate dai movimenti per i diritti civili e alimentate da un senso di risentimento basato su processi di vittimizzazione,

⁹⁵ L. GOISIS, *op. cit.*, 314; F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 18. Altra parte della dottrina attribuisce all'inciso un diverso significato: più precisamente esso rappresenterebbe un indice dell'alterità delle condotte inquadrate nel comma 3 rispetto a quelle del comma 1, in ragione del fatto che, mentre i delitti di propaganda e istigazione per motivi razziali sarebbero tipizzati in ragione del pericolo che ad essi seguano concreti atti di discriminazione e di violenza, il delitto di negazionismo orbiterebbe attorno a condotte istigatorie non connesse a tali atti, bensì al concreto pericolo di diffusione. V. *supra* nota 71 per i riferimenti dottrinali.

⁹⁶ G. GALAZZO, *Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero: una riflessione*, in *Giurisprudenza penale*, 2016, 5.

⁹⁷ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 18 ss.

⁹⁸ J. JACOBS, K. POTTER, *Hate Crimes*, cit., 40, nonché in S H. SHRIFFIN, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, Cornell Law School, 1994, 93.

discriminazione e svantaggio sociale. Secondariamente, i gruppi etnici e religiosi, nonché quelli individuati in base all'orientamento sessuale, avrebbero trasmesso con le loro proteste l'idea per cui sarebbe presente un'"epidemia" di crimini d'odio con il solo scopo di assicurare l'approvazione di leggi repressive, essendo il fenomeno in realtà molto più circoscritto rispetto a quanto non si voglia far credere. Infine, i politici che si schierano a favore delle *hate crime laws* manifesterebbero questa vicinanza alle vittime solo per ricevere contributi economici, un incremento dei voti in occasione delle elezioni e il supporto di gruppi di pressione (*advocacy groups*)⁹⁹.

Questa teoria è stata criticata soprattutto nel contesto statunitense dove si è affermato che, se è vero che l'opinione espressa, globalmente considerata, ha il merito di porsi in una prospettiva critica rispetto ad un tema in cui vi è il rischio di scivolare verso tecniche argomentative aprioristiche e moralizzanti, al tempo stesso questa non può essere sostenuta perché gli autori non forniscono alcuna prova né riguardo la validità delle premesse né delle conclusioni, scivolando, così, verso toni apertamente cospirativi¹⁰⁰. In secondo luogo è stato evidenziato che se può condividersi l'assunto secondo il quale i crimini d'odio e le relative legislazioni sarebbero connessi a logiche identitarie, ciò non costituisce un elemento a sfavore delle *hate crime laws*, ma anzi un inevitabile corollario delle medesime visto che i crimini d'odio sono una delle molte sfaccettature che assumono le relazioni tra gruppi. In più, l'irrogazione di sanzioni penali non dovrebbe essere vista come precursore di un incremento della violenza, bensì come indicatore delle tensioni sociali e culturali sottostanti: in altre parole, non sono le leggi che dividono, bensì le condotte (e i loro antecedenti) cui quelle leggi si riferiscono¹⁰¹. Del resto, sul piano pratico, si deve anche considerare che gli Stati che si sono muniti di legislazioni penali di contrasto ai crimini d'odio non hanno dato conto di incrementi dei livelli di violenza a seguito della loro approvazione¹⁰².

Altro argomento che viene frequentemente speso, e che è emerso anche nel dibattito attuale in merito all'approvazione del disegno di legge Zan, è quello secondo cui la predisposizione di apparati normativi in questa materia produrrebbe essa stessa una discriminazione perché alcuni gruppi sarebbero tutelati più di altri. Questo carattere

⁹⁹ Questa teoria è riportata anche in AA.VV., *Social Consciousness*, cit., 213.

¹⁰⁰ J. BELL, *Book Review. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics by James Jacobs and Kimberly Potter*, in *Punishment and Society*, 2001, 553.

¹⁰¹ B. PERRY, *Hate crime and identity politics*, in *Theoretical Criminology*, 2002, 486.

¹⁰² L. GOISIS, *op. cit.*, 189.

discriminatorio può essere colto sotto due diversi profili: da una parte si avrebbe una discriminazione per il fatto che generalmente le *hate crime laws* sono indirizzate alla protezione di minoranze, lasciando, secondo questa posizione, prive di tutela le maggioranze; dall'altra, c'è il rischio che venga effettuata una selezione tra gruppi minoritari, includendone nel disposto normativo solo alcuni (ad esempio, una situazione simile potrebbe dirsi operante, al momento attuale, in ordinamenti come l'Italia che tutelano le caratteristiche dell'etnia, razza e religione e non altre altrettanto esposte come l'orientamento sessuale)¹⁰³.

Con riguardo al primo profilo, ci si dovrebbe *in primis* chiedere se, circoscrivendo l'esame al nostro contesto sociale, ci siano effettivamente gruppi maggioritari che presentano caratteristiche tali da poter costituire c.d. tratti e qualità protetti secondo la definizione già data in precedenza¹⁰⁴. In caso di risposta negativa, quel timore di "discriminazione al rovescio" sarebbe infondato e conseguentemente l'intervento del legislatore penale a tutela dei soli gruppi minoritari giustificato dal fatto che le condotte in esame presentano delle caratteristiche talmente peculiari da ricadere appieno nel principio di «trattamento differenziato delle situazioni oggettivamente diverse»¹⁰⁵. In ogni caso si deve dare conto del fatto che l'OSCE si sia espresso su questa critica evidenziando che, sebbene sia vero che nella maggior parte dei casi i crimini d'odio sono commessi contro appartenenti a gruppi minoritari, nulla impedisce che i soggetti agenti provengano proprio da questi gruppi e indirizzino la loro condotta contro esponenti della maggioranza. Tale considerazione è legata al fatto che, osservando gli apparati normativi di contrasto ai crimini d'odio, nell'individuazione dei tratti e qualità protetti si utilizzano termini come "etnia", "lingua", "religione" senza indicare un gruppo specifico. Di conseguenza, sempre che ne sussistano tutti i requisiti, nulla impedirebbe che venisse riconosciuto vittima di un crimine d'odio anche un soggetto appartenente ad un gruppo maggioritario¹⁰⁶.

¹⁰³ Rischio evidenziato anche in M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 2, nonché in W. B. FISH, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, University of Missouri, 2002, 37.

¹⁰⁴ V. cap. I, par. 1.1.

¹⁰⁵ Cfr. L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 1519; E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2011, 26.

¹⁰⁶ OSCE, *op. cit.*, 23. L'esempio probabilmente più semplice da immaginare è quello dell'espressione di un discorso d'odio da parte di esponenti di un gruppo religioso minoritario contro uno maggioritario.

Per quanto riguarda il secondo profilo, è necessario circoscrivere il problema, posto che, pur riconoscendo la fondatezza del rilievo, il rischio maggiore è quello di scivolare verso valutazioni astratte e aprioristiche.

Innanzitutto, occorre richiamare nuovamente i criteri di individuazione dei tratti e qualità protetti. Si è già detto in precedenza che i fattori che devono essere presi in considerazione sono dati dalla presenza di caratteristiche immutabili e rappresentative di tratti distintivi e fondamentali della persona, generalmente visibili e legate ad un contesto sociale e storico di discriminazione. A ciò si aggiunga il fatto che il legislatore è sempre chiamato a compiere una valutazione che prenda in considerazione la situazione che concretamente è presente nella società, individuando i fattori rispetto ai quali si rende necessaria la predisposizione di una tutela penale.

Alla luce di ciò, da una parte non possono essere definite discriminatorie le *hate crime laws* che non includono caratteristiche afferenti a gruppi tendenzialmente minoritari cui certamente possono essere connessi atti o discorsi intolleranti, senza che, tuttavia, si sfoci in vere e proprie incitazioni all'odio, alla violenza o, finanche, alla eliminazione¹⁰⁷. Dall'altro lato, non è neppure prospettabile risolvere il problema attraverso l'elaborazione di clausole generalissime che renderebbero la disposizione incostituzionale per violazione del principio di determinatezza come corollario del principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost.

L'unico caso in cui il rilievo potrebbe dirsi effettivamente fondato è, quindi, quello in cui, pur di fronte a caratteristiche che rispondono a tutti i requisiti in precedenza richiamati e a fenomeni realmente inquadrabili nella categoria dei crimini e discorsi d'odio, per alcune venga predisposta una tutela legislativa e per altre no. In situazioni simili si potrebbe in astratto prospettare la proposizione di una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza. In realtà, quantomeno per quel che concerne l'ordinamento italiano, si ritiene che in concreto questa strada non possa essere percorsa: da una parte, sembra inverosimile che la Consulta si spinga a dichiarare incostituzionali le norme esistenti in materia (ovvero gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.) per contrasto con l'art. 3 Cost., posto che alla declaratoria di incostituzionalità seguirebbe

¹⁰⁷ Senza fondamento e, anzi, solo provocatoria è l'idea per cui il disegno di legge Zan sarebbe discriminatorio perché non include categorie come le persone sovrappeso, quelle con corporatura più fragile o i portatori di occhiali. V., per l'individuazione di questi esempi portati dallo stesso legislatore, il resoconto stenografico della seduta del Senato della Repubblica n. 347 del 15 Luglio 2021, consultabile al sito www.senato.it.

l'abrogazione con efficacia *ex tunc* delle disposizioni e, dunque, la privazione delle tutele per i gruppi inclusi nel disposto normativo; dall'altra, è altrettanto inverosimile che la Corte possa optare per una sentenza manipolativa di tipo additivo, estendendo così il campo di applicazione delle disposizioni ad ulteriori caratteristiche, dal momento che un'operazione simile costituirebbe una decisione di tipo politico rimessa alle valutazioni del legislatore.

In definitiva, non si può accettare che la strada da percorrere per uscire da questa *impasse*, connaturata al tipo di condotte in esame, sia quella di non predisporre alcun impianto normativo in materia di crimini e discorsi d'odio: da una parte, sarebbe del tutto irragionevole negare a quelle caratteristiche, che trovano riscontri unanimi a livello normativo in tutti gli ordinamenti giuridici, idonei meccanismi di tutela, secondo la logica semplicistica del «o tutti o nessuno»¹⁰⁸. Per quelle caratteristiche, invece, su cui il dibattito è maggiore, si dovrebbe auspicare che il legislatore si impegnasse in un approfondito studio delle dinamiche sociali, nonché delle connesse problematiche giuridiche, abbandonando posizioni da “barricata”, per ricorrere ad un termine sempre più in uso da tutte le correnti politiche.

Ultima critica di ordine generale è quella secondo la quale le *hate crime laws* sarebbero inutili ed inefficaci perché, nella maggior parte dei casi, non sarebbe possibile fornire prova del motivo di pregiudizio che anima la condotta¹⁰⁹. È questo un problema che, in realtà, accomuna tutte le fattispecie in cui assume rilevanza l'intenzione del soggetto agente e non solo gli interventi normativi nella materia oggetto d'esame. In ogni caso, è evidente come questo problema non affligga la categoria dei discorsi d'odio dal momento che la presenza del cosiddetto *bias motive* è già di per sé evidente dal tipo di pensiero espresso. Semmai, la vera difficoltà è comprendere se quanto affermato possa essere inquadrato nella categoria dei discorsi d'odio o non debba essere, invece, considerato libera manifestazione di un'opinione.

¹⁰⁸ E. DOLCINI, *op. cit.*, 27.

¹⁰⁹ J.B. JACOBS, K. POTTER, *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Oxford, 1998, 132

5.1. Il contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero

Alla luce di quanto appena evidenziato, è necessario soffermare l'attenzione proprio sul possibile contrasto dell'art. 604-*bis* c.p. con l'art. 21 Cost., nucleo attorno al quale si concentrano i dibattiti dottrinali. Data l'importanza di tale principio, prima di considerare in che termini potrebbe ritenersi sussistente questo conflitto, è indispensabile compiere una breve digressione sulla portata del medesimo all'interno del nostro ordinamento.

Quello dell'art. 21 Cost., anche in ragione del modo in cui è stato sancito nel testo costituzionale, è tra i più importanti e, al tempo stesso, travisati principi su cui si regge uno Stato democratico¹¹⁰. Ben lungi dall'essere un viatico per qualunque contenuto di pensiero senza alcun limite, esso, come evidenziato in dottrina, ha conosciuto tre stagioni¹¹¹: quella della libertà, dell'impegno e, infine, della libertà responsabile.

La prima fase è tradotta in termini di diritto positivo dai commi 1 e 6 della disposizione in esame: affermando che non vi sono limiti sotto il profilo soggettivo per l'esercizio di questo diritto (è scritto "Tutti")¹¹² e avendo come unico limite il buon costume, circoscritto, secondo la lettura tradizionale, ai soli contenuti che offendono il pudore¹¹³, il Costituente ha chiaramente accolto una prospettiva di tipo liberale in aperto contrasto con il periodo storico precedente in cui questo diritto era stato apertamente calpestato. A sostegno di questa lettura figurano due tra i più autorevoli costituzionalisti, Costantino Mortati e Arturo Carlo Jemolo, secondo i quali la libertà di manifestazione del pensiero abbraccia non solo il diritto di esprimere le proprie opinioni, ma anche di divulgarle, difenderle nelle pubbliche discussioni e «propagandarle allo scopo di

¹¹⁰ V. Corte Cost., 19 Febbraio 1965, n. 65, dove si afferma che tale libertà è tra quelle «che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato, condizione del modo di essere, dello sviluppo, della vita del Paese, in ogni suo aspetto culturale, sociale e politico»; nonché Corte Cost., 17 Aprile 1969, n. 84, in cui si afferma che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce «la pietra angolare dell'ordine democratico».

¹¹¹ P. TANZARELLA, *Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione nei settant'anni di vigenza della Costituzione italiana*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 1.

¹¹² Inizialmente era stato proposto dall'on. Andreotti di scrivere "Tutti i cittadini", emendamento poi ritirato alla luce dell'appoggio dell'Assemblea per le ragioni dell'on. Ghidini così esposte: «Credo che il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero, attraverso ogni forma, non appartenga al cittadino in quanto facendo parte dello Stato italiano, ma appartenga alla personalità umana. E questo diritto io lo riconosco a tutti: stranieri o cittadini che siano», nonché dall'on. Cappa «[...] penso anche che non si possa distinguere lo straniero dai cittadini in rapporto a un diritto fondamentale». La consultazione della Costituzione con i lavori preparatori è disponibile al sito www.quirinale.it.

¹¹³ Corte Cost., 27 Luglio 1992, n. 368.

raccogliere intorno ad esse adesioni e acquistare proseliti»¹¹⁴. In questa prima fase prevale nettamente una concezione individualista della libertà di espressione, concentrata cioè sul valore che per la singola persona avrebbe dovuto ricoprire questo diritto e i mezzi che ne avrebbero consentito l'esercizio (principalmente, vista l'epoca, la stampa e l'attività giornalistica, come emerge chiaramente dai commi centrali dell'art. 21 Cost.).

Nella stagione successiva, quella dell'impegno, alla concezione individualista si affianca quella sociale, grazie alla diffusione sempre più capillare della televisione, come primo vero strumento di comunicazione e di informazione di massa. La libertà di manifestazione del pensiero non viene, quindi, più concepita semplicemente come strumento di sviluppo e crescita del singolo, bensì come fattore che contribuisce alla realizzazione di una società democratica in quanto rappresentativo di «un modo indiretto di partecipazione dei cittadini alla formazione degli indirizzi politici e, quindi, un modo di partecipazione all'esercizio del potere»¹¹⁵. È questa la fase in cui l'attenzione del legislatore e della Corte Costituzionale è stata maggiormente concentrata sulla predisposizione di misure ed indirizzi interpretativi volti a garantire, soprattutto nel contesto televisivo, da una parte, la condivisione del maggior numero possibile di opinioni, tendenze e concezioni politiche, sociali e culturali differenti e, dall'altra, l'accesso alle emittenti private «onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione»¹¹⁶.

L'inizio della terza fase, denominata, come detto, della libertà responsabile, ha inizio con l'avvento delle tecnologie digitali. Trattasi di una vera e propria rivoluzione nel panorama giuridico: da una parte, emergono nuovi interessi da tutelare come quello all'anonimato, all'oblio, alla protezione dell'identità digitale; dall'altra, cambiano totalmente le modalità di accesso alle informazioni e ancora più della comunicazione delle informazioni, non più limitata alla sfera dei professionisti, ma aperta al *quavis de populo*. È questa una fase chiaramente ancora in corso che trova nella maggior parte dei casi un legislatore inerte e una giurisprudenza in bilico tra negazione di tutele e rischio di applicazione in via analogica in *malam partem* delle norme sulla stampa a Internet.

Se i rischi di una indiscriminata tutela della libertà di manifestazione del pensiero appaiono oggi sempre più evidenti, a ben vedere è questo un problema che ha interessato

¹¹⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, 1068.

¹¹⁵ P. TANZARELLA, *op. cit.*, 6.

¹¹⁶ Corte Cost., 14 Luglio 1988, n. 826.

anche la dottrina più risalente, le cui riflessioni possono essere rapportate a due grandi nuclei. Il primo tentativo di circoscrivere l'ombrello applicativo del diritto in parola è riconducibile all'elaborazione della teoria dei c.d. limiti logici, teoria minoritaria e ampiamente criticata, sebbene sostenuta da autorevole dottrina. Quest'ultima, assumendo a riferimento le fattispecie di reato di propaganda sovversiva, apologia di reato e istigazione a disobbedire alle leggi, affermava che l'art. 21 Cost. sarebbe stato applicabile soltanto a quelle manifestazioni di pensiero che fossero state volte a sollecitare nei destinatari uguali contenuti di pensiero, escludendo, invece, le sollecitazioni all'azione e l'eccitamento di stati emotivi¹¹⁷.

Come detto, questa tesi, oltre a rimanere ancorata a posizioni minoritarie, è stata criticata dalla dottrina che ne ha messo in luce diverse fragilità: vi è stato chi ha evidenziato come in materia di discorsi d'odio questa teoria risulti sostanzialmente inapplicabile poiché, da una parte, la linea di confine tra pensiero tollerabile e pensiero punibile rimarrebbe eccessivamente incerta e, dall'altra, si escluderebbe dalla protezione costituzionale qualunque manifestazione di pensiero particolarmente aspra, senza poter considerare gli scopi per cui l'esternazione è avvenuta. Secondariamente, si evidenzia che l'eccessiva limitazione della libertà di manifestazione del pensiero deriverebbe, altresì, dal fatto che sarebbe sempre irrogata una sanzione penale in tutti i casi in cui un pensiero sia espresso in modo persuasivo e tale, dunque, da indurre all'azione, cosicché la libertà di espressione coprirebbe solo il pensiero innocuo. Secondo altri, la teoria dei limiti logici non sarebbe in grado di fungere da argine contro interventi arbitrari del legislatore, rappresentando, al contrario, un incentivo per irragionevoli compressioni del diritto di cui

¹¹⁷ V. S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113 ss.; G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966, 15 ss., secondo il quale «sono estranee alla libertà d'espressione non soltanto la menzogna, la falsità, il furto del pensiero altrui, ma anche l'istigazione, l'apologia e la propaganda poiché, anche se scaturiscono dal pensiero, sono soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi ed emotivi che non tendono per loro natura a persuadere, ma ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi antiggiuridici»; nonché G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in P. TANZARELLA, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Torino, 2020, 9, secondo il quale «il pensiero che si esteriorizza deve essere uno stato psichico, che non consiste però in un moto dell'animo: occorre che la manifestazione non abbia un contenuto affettivo ed emozionale, e sia espressione non di un sentimento, di una esplosione passionale, ma di una valutazione intellettuale, cioè di un pensiero. Il pensiero non costituisce altresì oggetto del diritto di libertà di espressione, di cui all'articolo 21, allorché la manifestazione si diriga sulla volontà altrui, sia di individui determinati, sia in *incertam personam*, per influenzarla, orientarla verso un fine pratico e per creare così un accordo tra soggetti».

all'art. 21 Cost. Da ultimo, vi è anche chi sottolinea come la distinzione alla base della teoria considerata non trovi alcun fondamento nel dettato costituzionale¹¹⁸.

È, quindi, chiaro che il rapporto tra criminalizzazione dei discorsi d'odio e libertà di manifestazione del pensiero non possa essere colto da questa prospettiva.

Il secondo strumento interpretativo che generalmente viene invocato è quello del bilanciamento tra interessi e diritti tra loro concorrenti o contrastanti. Trattasi di un argomento che, al netto dei percorsi argomentativi utilizzati, vede la dottrina divisa tra chi ritiene che debba prevalere la libertà di pensiero, concludendo per l'illegittimità costituzionale delle disposizioni penalistiche che sanzionano i discorsi d'odio e chi, invece, afferma che a prevalere debba essere, a certe condizioni, l'interesse alla tutela dell'eguaglianza sostanziale e dell'ordine pubblico, che andrebbero così a costituire limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero.

Prendendo le mosse dagli orientamenti della Corte Costituzionale¹¹⁹, pronunciatasi più volte nel tempo sulla conformità a Costituzione di fattispecie vicine a quelle in esame, è significativo il fatto che essa si sia occupata del tema fin dalla sua prima pronuncia, in materia di compatibilità con l'art. 21 Cost. dell'art. 113 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, che assoggettava all'autorizzazione dell'autorità la distribuzione di avvisi o stampati nella pubblica strada, l'affissione di manifesti o giornali e l'utilizzo di alto parlanti per comunicazioni al pubblico. Al di là di quale sia stato il percorso argomentativo che ha portato la Corte a pronunciare una declaratoria di illegittimità costituzionale, essa ha enunciato un principio di carattere generale, rilevante anche per la materia oggetto di indagine. In particolare è stato affermato: «una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto

¹¹⁸ V. e multis P. TANZARELLA, *op. cit.*, 12; A. PUGIOTTO, *I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 16; A. SPENA, *op.cit.*, 705; G. MARCONI, *Propaganda ed apologia sovversiva*, in *Enciclopedia del diritto*, 1988, 151; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, 1974, 431 ss.

¹¹⁹ V. C. CARUSO, *Tecniche argomentative della Corte Costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in C. VALENTINI, *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012, 169 ss.

di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»¹²⁰.

Oltre ad una conferma del fatto che nessuna automatica incostituzionalità possa dirsi sussistente in una disposizione che incrimini i discorsi d'odio, la Corte prende espressamente posizione anche in materia di limiti alla libertà di pensiero nel momento in cui sostiene che «il concetto di limite è insito al diritto stesso»: secondo la Consulta, in altre parole, restrizioni al diritto d'espressione costituzionalmente non previsti sarebbero giustificati in base all'assunto che la previsione dei medesimi sia ontologicamente legata a qualsiasi diritto e immanente agli stessi¹²¹.

Ben presto, tuttavia, questa impostazione è stata radicalmente abbandonata: se, infatti, la conseguenza più rilevante dell'orientamento originario era quella di ammettere l'esistenza di limiti alla libertà di espressione senza che questi fossero previsti dalla legge, nelle pronunce successive venne a stabilirsi che, essendo tale libertà fondamento e preconditione di ogni ordinamento democratico, restrizioni sostanziali alla stessa dovessero essere poste esclusivamente con leggi che avessero come presupposto precetti e principi costituzionali espressamente enunciati in Costituzione oppure ricavabili in via interpretativa¹²². A titolo di esempio si riassumono tre vicende relative a fattispecie, in termini generali, vicine a quelle oggetto di studio. Nella prima¹²³ la Corte venne chiamata a verificare la compatibilità con l'art. 21 Cost. del reato di offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto cattolico¹²⁴: i giudici ritennero soddisfatte entrambe le condizioni anzidette, sia perché la limitazione era prevista dalla legge, sia perché la disposizione oggetto di scrutinio sarebbe stata posta a tutela del "sentimento religioso", bene costituzionalmente rilevante alla luce del combinato disposto degli artt. 2, 8 e 19 Cost., nonché degli artt. 3 e 20. Riportando il passaggio più significativo: «sono, invece, vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia

¹²⁰ Corte Cost., 5 Giugno 1956, n. 1.

¹²¹ G. NICASTRO (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2015, 3, consultabile al sito www.cortecostituzionale.it; C. CARUSO, *Tecniche argomentative della Corte Costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in C. VALENTINI (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012, consultabile www.forumcostituzionale.it.

¹²² V. e multis Corte Cost., 4 Febbraio 1965, n. 9; Corte Cost., 10 Marzo 1971, n. 49; Corte Cost., 7 Maggio 1976, n. 123; Corte Cost., 7 Maggio 1981, n. 100.

¹²³ Corte Cost., 27 Giugno 1975, n. 188.

¹²⁴ Ad oggi questa fattispecie continua ad essere prevista all'art. 403 c.p. come modificato dall'art. 7 della L. 24 Febbraio 2006 n. 85, non figurando più riferimenti al culto cattolico.

dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato»¹²⁵.

Percorso argomentativo simile anche nella sentenza 24 Gennaio 1974, n. 20, in cui si discute della costituzionalità dell'art. 290 c.p. in materia di vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate. La Corte dichiarò infondata la questione di legittimità in relazione all'art. 21 Cost. sostenendo che «questa Corte ha più volte ribadito che la tutela del buon costume non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti – impliciti – dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione, di guisa che, in tal caso, l'indagine va rivolta all'individuazione del bene protetto dalla norma impugnata ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»¹²⁶. Nel caso di specie l'interesse meritevole di tutela, in conflitto con la libertà d'espressione, venne individuato nel prestigio delle Istituzioni menzionate all'interno del precetto penale, ovvero, per utilizzare altri termini, nell'onore delle persone giuridiche pubbliche da proteggere non in quanto tale, ma come presupposto per l'adeguato adempimento dei compiti ad esse affidati¹²⁷.

Ad esito opposto, invece, giunse la sentenza 22 Giugno 1966, n. 87, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 272 c.p. limitatamente alla fattispecie di propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale: secondo la Consulta, la disposizione in esame avrebbe determinato una illegittima limitazione della libertà di espressione in quanto posta a tutela di un mero sentimento facente parte del mondo del pensiero e delle idealità¹²⁸.

¹²⁵ Corte Cost., 27 Giugno 1975 cit., par. 4 del Considerato in diritto. Preme evidenziare che non si sta prendendo posizione in senso favorevole alla condivisibilità di questi orientamenti interpretativi, posto che un esame dei medesimi trascende dai confini del presente lavoro. In chiave critica rispetto a queste soluzioni date dalla Consulta v., a titolo di esempio, P. BARILE, *op. cit.*, 458.

¹²⁶ Corte Cost., 24 Gennaio 1974, n. 20, par. 5 del Considerato in diritto

¹²⁷ Cfr. G. NICASTRO, *op. cit.*, 8.

¹²⁸ Dalla lettura della motivazione ci si è spontaneamente chiesti quale sia la differenza intercorrente tra sentimento religioso e sentimento nazionale alla base della prima e dell'ultima sentenza esaminata, vista la divergenza negli esiti decisori delle due vicende. In altre parole, se il principio generale ricavabile dalla sentenza 87/1966 è che la libertà di manifestazione del pensiero non può essere limitata per tutelare un

Venendo ora alle posizioni dottrinali, per quanto concerne le correnti interpretative a sostegno dell'illegittimità costituzionale delle fattispecie penali in materia di discorsi d'odio, queste si articolano secondo percorsi argomentativi comuni e sovrapponibili¹²⁹. Innanzitutto, viene offerta una ricostruzione puntuale del ruolo che ricopre all'interno del nostro ordinamento il principio di libera manifestazione del pensiero, definito come presupposto per la tenuta democratica di un sistema giuridico, come estrinsecazione della personalità, autonomia e dignità del singolo e come traduzione della sovranità popolare.

Se così deve essere inteso il principio in esame, è condivisa l'idea secondo cui una norma contrasta con l'art. 21 Cost. quando essa vieta la semplice comunicazione di un certo contenuto di pensiero e non la comunicazione di un pensiero che produca un qualche effetto sul piano fisico, giuridico o sociale (come potrebbe essere, ad esempio la minaccia o la molestia o disturbo delle persone). Richiamando espressamente le parole utilizzate: «[...] non si può venire perseguiti per ciò che si pensa; dal che consegue che lo Stato non ha il potere di vietare ai singoli di esprimere il loro pensiero per ciò solo, che il messaggio espresso ha un contenuto offensivo, irrispettoso, blasfemo, inopportuno, e così via».

Al tempo stesso però si riconosce che, se in astratto una norma che vieta la manifestazione di una certa opinione potrebbe dirsi contrastante con il principio costituzionale in esame, in concreto la norma sarebbe costituzionalmente legittima laddove essa sia volta a salvaguardare un interesse o un principio costituzionale di rango pari o superiore. Ritorna, dunque, il bilanciamento come strumento attraverso il quale garantire il pieno godimento dei diritti riconosciuti all'interno dell'ordinamento e una convivenza civile pacifica e proficua.

Se queste sono le premesse assolutamente condivisibili, non sembra di poter dire lo stesso per quel che concerne la loro applicazione pratica. Le fattispecie di discorsi d'odio

mero sentimento, potrebbero non spiegarsi le diverse conclusioni cui la Corte è giunta. La spiegazione più plausibile, *in nuce* ricavabile dal par. 5 del Considerato in diritto dell'ultima sentenza oggetto d'esame, si fonda su due argomentazioni, ovvero l'assenza di copertura costituzionale del sentimento nazionale (contrariamente a quanto affermato per il sentimento religioso) e l'impossibilità di ricondurre la condotta di propaganda, oggetto di scrutinio, alla nozione di vilipendio. Si riportano, per completezza, le parole utilizzate dalla Corte: «La relativa propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni, come nel caso precedentemente esaminato, né è rivolta a vilipendere la Nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti. Non trattasi quindi di propaganda che ha finalità illecite, e pertanto qualsiasi limitazione di essa contrasta con la libertà garantita dall'art. 21 della Costituzione».

¹²⁹ Si è fatto riferimento in particolare ai contributi di A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., e A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 10 ss. cui si rimanda per le citazioni testuali che seguono; nella letteratura straniera si segnala C. YONG, *Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*, in *Res Publica*, 2011, 385 ss.

vengono, infatti, ricondotte nell'alveo dei reati d'opinione il cui scopo sarebbe quello di vietare che sia manifestata un'idea che rappresenta opposizione o rifiuto per un ideale o una sensibilità collettiva. Da una prospettiva diversa, l'obiettivo sarebbe quello di imporre la condivisione di quei valori morali che si intende tutelare. In modo non dissimile si afferma che i reati di opinione vietano «l'espressione di un pensiero, un giudizio, una valutazione, un sentimento che è sanzionato indipendentemente dalla protezione di un bene costituzionalmente rilevante» e rappresenterebbero «strumenti di repressione del dissenso politico», ovvero, più concretamente, vere e proprie forme di censura. Ancora, i reati d'opinione rappresenterebbero un'illegittima restrizione della libertà d'espressione perché la condotta sarebbe punita «a causa del solo fatto che l'opinione espressa rappresenti l'idea di un contro-valore rispetto all'idea di valori morali sovra-individuali» diffusamente condivisi, tra cui, oltre al prestigio dello Stato e alla fiducia dei consociati nell'effettività del sistema penale, si pone anche l'eguaglianza tra persone.

Il carattere di illegittimità costituzionale delle fattispecie prese in esame, in quanto fonte di un'intollerabile limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, viene colto anche sotto una diversa prospettiva: si dice, infatti, che mentre l'ingiuria o la diffamazione aggravata dalla finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso non producono lesione dell'art. 21 Cost. perché poste a tutela della dignità della persona offesa contro le dimostrabili conseguenze dannose fisiche e psicologiche che scaturiscono dalla condotta, i discorsi d'odio realizzerebbero una lesione della dignità umana molto meno consistente ed invasiva. *Ergo*, nell'operazione di bilanciamento tra gli interessi in gioco dovrebbe prevalere sempre quello della libera manifestazione del pensiero. Ad analoga conclusione si giunge nell'affermare che, se si assumesse il principio di eguaglianza come limite implicito dell'art. 21 Cost., la libertà di espressione sarebbe recisa alla radice e che il concetto di dignità umana è troppo astratto per consentire l'operazione di bilanciamento¹³⁰.

Le difficoltà nell'appoggiare questo orientamento sono determinate da diversi fattori: per quel che attiene il profilo da ultimo esaminato, innanzitutto colpisce il fatto

¹³⁰ A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 15. Più precisamente, l'Autore afferma: «Forse che perfino taluni luoghi comuni (gli adolescenti bamboccioni, i fuoricorso sfigati, i commercianti evasori, i carabinieri beoti, gli impiegati pubblici scansafatiche) saranno da considerarsi manifestazione di un pensiero irragionevolmente discriminatorio di categorie di persone? Che tipo di dibattito (politico, sociale, religioso, culturale) si potrebbe mai sviluppare all'interno della sfera pubblica? La libertà di espressione, è ovvio, sarebbe recisa in radice».

che non si tengano in considerazione, neppure in chiave critica, i numerosi studi criminologici esistenti in materia e più volte citati dai quali si desume che, anche se le condotte si indirizzano nei confronti di una generalità di soggetti, si possono ugualmente registrare delle conseguenze dannose di carattere psicologico tra gli appartenenti al gruppo colpito. Viene, cioè, dato per scontato un assunto che, al contrario, è foriero di dibattiti.

Si ritiene non condivisibile anche il modo in cui viene liquidata l'operazione di bilanciamento tra i beni di cui agli articoli 3 e 21 Cost. Tralasciando il fatto che non tenere in debita considerazione che per discorso d'odio non si intende qualunque manifestazione di astio nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, e che di *hate speech* si possa parlare solo con riferimento ai già più volte citati tratti e qualità protetti rischia di alterare i confini della categoria, fino a trasformarla in una sorta di *monstrum*, il bilanciamento tra interessi contrapposti sarebbe possibile richiamando alla memoria i principi di proporzionalità ed offensività propri della materia penalistica: ciò significa che è il legislatore a dover selezionare tra tutte le condotte di per sé lesive del principio di eguaglianza quelle che sono effettivamente meritevoli di sanzione penale. Per quanto riguarda il rilievo della eccessiva astrattezza del concetto di dignità umana, si è già detto in che termini esso dovrebbe essere inteso per evitare derive aprioristiche: non come meta-principio, non come dignità umana collettiva, bensì come pari dignità sociale, ovvero specifica declinazione del principio di eguaglianza.

Ciò che sollecita più dubbi è, però, l'inserimento della fattispecie dei discorsi d'odio nel crogiuolo dei reati d'opinione cui si ascrivono, ad esempio, anche la condotta di offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica (art. 278 c.p.), di lesa prerogativa dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica (art. 279 c.p.), di vilipendio o danneggiamento alla bandiera o altro emblema dello Stato (art. 292 c.p.), di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.), di offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose (art. 404 c.p.).

Si ritiene, infatti, che un'operazione di questo tipo, giustificata dall'assunto per cui anche nei discorsi d'odio verrebbe punito un pensiero, un giudizio, una valutazione, abbia come conseguenza l'applicazione di conclusioni comuni a fattispecie eterogenee, tra loro accomunate dal solo elemento materiale (il pensiero, appunto). *In primis*, come già

ampiamente detto in precedenza¹³¹, non si può sostenere che l'art. 604-bis preveda l'applicazione di una sanzione «*indipendentemente* dalla protezione di un bene costituzionalmente rilevante»¹³². Secondariamente, nei discorsi d'odio manca la componente della manifestazione di dissenso politico, ricorrente, invece, negli esempi prima riportati: mentre una condotta di vilipendio o danneggiamento della bandiera si traduce in una critica, anche aspra, del potere, condivisibile o meno che sia, e costituisce estrinsecazione della «declinazione democratica dei rapporti tra individuo e autorità»¹³³, i discorsi d'odio si pongono al di fuori della logica binaria "autorità-individuo". In altre parole, essi non attentano all'equilibrio del potere politico, non sono volti a recare danno alle istituzioni pubbliche o a sentimenti latamente intesi come quello religioso, bensì ad altri individui.

Del pari non condivisibile è l'affermazione secondo la quale i reati d'opinione rappresenterebbero un'illegittima restrizione della libertà d'espressione perché la condotta sarebbe punita «a causa del solo fatto che l'opinione espressa rappresenti l'idea di un contro-valore rispetto all'idea di valori morali sovra-individuali» diffusamente condivisi: un simile argomento non è in grado di cogliere l'unicità del principio di eguaglianza, non «valore morale diffusamente condiviso», bensì fondamento dello Stato democratico, oltre che interesse costituzionalmente tutelato.

Si ritiene, in definitiva, che il vero problema non siano tanto le conclusioni cui una parte autorevole della dottrina giunge (conclusioni che, seppur non condivise, godono di assoluta dignità in un tema così spinoso e ancora poco definito come quello del rapporto tra discorsi d'odio e diritto penale) quanto le premesse. Probabilmente abbandonare la classica collocazione dell'*hate speech* tra i reati d'opinione potrebbe rappresentare il primo passo per cercare di cogliere in una prospettiva differente il rapporto che sussiste tra repressione dei discorsi d'odio e libertà di manifestazione del pensiero.

È questa la linea interpretativa lungo la quale si è mossa in tempi più recenti una parte di quella dottrina che in origine si dichiarava contraria alla criminalizzazione dei discorsi d'odio¹³⁴. Concludendo con le parole dell'Autore: «sebbene, dunque, anche tali

¹³¹ V. *supra* par. 2.2.

¹³² A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 10, con corsivo dell'Autore.

¹³³ A. SPENA, *La parola (-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, 606.

¹³⁴ A. SPENA, *op. ult. cit.*, 606, il quale afferma: «Scontato, d'altronde, non è neppure che i discorsi d'odio si possano ricondurre alla categoria dei reati di opinione. Se guardiamo alla loro sostanza, reato d'opinione

discorsi, proprio in quanto *discorsi* (ossia, proprio in quanto incriminati, o più severamente incriminati, in ragione del contenuto di pensiero che veicolano) rientrino nella portata dell'art. 21 Cost., essi nondimeno vi si collocano, per la radicale mancanza del supporto di qualsiasi valore di civiltà, in una posizione, per così dire, periferica rispetto al cuore della garanzia fornita dal principio in questione, in una zona nella quale il relativo alone protettivo appare meno forte e resistente, e si presta con minore sforzo a bilanciamenti: una zona nella quale il vessillo della libertà di parola non risulta scudo impenetrabile all'incriminazione, e la tenuta costituzionale di questa dipende piuttosto da altri principi (eguaglianza-ragionevolezza, determinatezza, materialità, offensività)»¹³⁵.

6. Il c.d. “caso Tosi”: la “chiave costituzionale” in materia di discorsi d’odio

Con riferimento alla conciliazione tra le fattispecie di discorsi d’odio previste nel nostro ordinamento penale e il dettato costituzionale, il primo caso in cui è stato elaborato un approfondito percorso argomentativo in giurisprudenza si è avuto con la vicenda giudiziaria nota con il nome di «caso Tosi»¹³⁶. Il giudizio coinvolse sei esponenti di un

e discorso d’odio condividono senz’altro il fatto di costituire espressioni di posizioni ideologiche “scomode”, fastidiose, minoritarie: in entrambi i casi, la parola manifesta un contenuto di pensiero non condiviso (o, quantomeno, non esplicitamente, non ufficialmente, condiviso) dalla maggioranza, o se si preferisce, contrario al sistema di valori ufficialmente condivisi [...]. Ciò detto, però, tra il discorso d’odio e le forme paradigmatiche di reato di opinione [...] corre anche una cruciale differenza. Storicamente, queste ultime si caratterizzano per il fatto di rivolgersi contro il potere (politico, religioso), costituiscono, cioè, *crimina laesae maiestatis* [...]. Il discorso d’odio instaura dinamiche del tutto diverse: esso, come detto, si rivolge contro minoranze tendenzialmente marginalizzate, contro soggetti (tutelati perché assunti) in condizioni di debolezza. All’opposto, dunque, dei reati di opinione paradigmatici, la cui finalità tipica è di mettere in discussione (deridere, insultare, sminuire, scandalizzare) il potere, i discorsi d’odio hanno invece la finalità costitutiva di marginalizzare (ulteriormente) soggetti già di per sé deboli, di rendere per loro l’ambiente sociale ancor più inospitale di quanto già non sia».

¹³⁵ Favorevoli a questa conclusione anche G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 20; S. FERRARI, *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 168 ss.; L. D’AMICO, *Le forme dell’odio*, cit., 21, dove si afferma «Il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero sancito, a livello interno, dal disposto dell’art. 21 Cost., si appalesa sin da subito come un diritto non assoluto. Esso non risulta, infatti, destinatario di una tutela incondizionata, ben potendo risultare sub valente in un giudizio di bilanciamento quando, sull’altro piatto della bilancia, si trovi un altro diritto fondamentale, parimenti meritevole di tutela. Diritto che può certamente essere rappresentato dalla pari dignità dei cittadini, suscettibile di essere leso nel contesto di affermazioni discriminatorie o negazioniste».

¹³⁶ Per l’inquadramento della vicenda come “chiave costituzionale” v. P. TANZARELLA, *L’hate speech*, cit., 153.

partito politico con responsabilità amministrative nella città di Verona cui era stato contestato, in concorso, il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e di incitamento a commettere atti di discriminazione per ragioni razziali. In particolare, gli imputati avevano avviato una campagna di raccolta firme tra i cittadini veronesi, ampiamente pubblicizzata attraverso una conferenza stampa e l'affissione di manifesti, con l'obiettivo di ottenere lo sgombero immediato di tutti i campi nomadi e l'allontanamento dal territorio comunale di ogni appartenente alla comunità zingara, anche se regolarmente iscritto all'anagrafe della città. L'iniziativa era accompagnata anche dalla massiccia distribuzione di volantini in cui compariva lo *slogan* "No ai campi nomadi. Firma anche tu per mandare via gli zingari: no ai campi nomadi".

Nella sentenza di primo grado¹³⁷ i giudici presero le mosse da una premessa generalissima secondo cui «il pensiero di per sé è liberamente esternabile sino a quando, come effetto del pensiero in sé assolutamente libero, non lede o mette in pericolo altri diritti costituzionalmente garantiti, quali la dignità umana, l'identità razziale e culturale, l'orientamento sessuale, il credo religioso, la reputazione, ecc.». Trattasi chiaramente di un'anticipazione del percorso argomentativo successivamente svolto in merito alla compatibilità della fattispecie contestata con la libertà di manifestazione del pensiero che si contraddistingue per aver riassunto con poche parole quanto fin qui esposto: l'impossibilità di ritenere la libertà di cui all'art. 21 Cost. priva di limiti, la necessità di effettuare un bilanciamento con i principi di eguaglianza e dignità, l'accento al pericolo di lesione dei beni giuridici oggetto di tutela.

Il primo punto affrontato è proprio quello relativo ai profili di costituzionalità: soffermando l'attenzione sulle motivazioni attinenti al diritto di libera manifestazione del pensiero, il Tribunale sostiene che di esso non vi sarebbe alcuna violazione poiché «l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta [...] e realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali [...]». Più precisamente, la repressione delle condotte incriminate dall'art. 3 della legge 654/1975 sarebbe giustificata «perché il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tutelato dall'art. 21 Cost., non può essere esteso fino alla giustificazione di atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni,

¹³⁷ Trib. Verona, sent. 2 Dicembre 2004, n. 2203.

ledono tuttavia altri principi di rilevanza costituzionale ed i valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno e internazionale».

Significativamente estesa è l'analisi relativa al bene giuridico tutelato dalle norme antirazziste. In un primo momento il Tribunale sembra attestarsi su una posizione che nei paragrafi precedenti si è detto di non condividere, ovvero l'identificazione dell'interesse protetto esclusivamente nell'ordine pubblico¹³⁸, concepito come «buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza: l'ordine pubblico di che trattasi, dunque, è sostanzialmente un sinonimo di pace pubblica». Tuttavia, qualche riga dopo a quella appena citata, si arriva al cuore della pronuncia¹³⁹: «oggetto della tutela penale di cui all'art. 3 legge n. 654/1975 non è, tuttavia, soltanto l'ordine pubblico inteso in senso stretto, cioè a dire non già solo l'ordine pubblico sostanziale delimitato nella propria tutela penale entro ambiti rigorosamente rispettosi dei diritti politici e delle libertà fondamentali. Oggetto della tutela penale di cui al citato articolo 3 è anche, e soprattutto, la dignità di ogni uomo ad essere considerato come egli è per razza, per etnia, per nazione o per credo religioso. Si tratta allora di un reato plurioffensivo nel quale l'ordine pubblico viene in rilievo soltanto sotto il profilo della tranquillità e della sicurezza, dunque del mantenimento della cd. pace pubblica, e giustifica limitazioni alle libertà costituzionali allorquando il pericolo per esso sia dato da un'effettiva minaccia per la vita collettiva. Il bene della dignità umana, invece, rileva sempre e comunque, indipendentemente dalla circostanza che la cd. pace pubblica possa essere messa in pericolo dalla condotta vietata dalla legislazione antirazzista. La dignità umana non è la semplice dignità, sentimento che riguarda la piena consapevolezza della propria nobiltà di animo, del proprio valore e dei propri diritti e che, contraddistinguendo colui che è giunto ad una profonda maturazione morale, si manifesta nelle parole, nelle azioni, nel contegno, ma è la piena consapevolezza di ogni essere umano di essere tale quale egli è. La dignità umana va rispettata, compresa come tale e

¹³⁸ Si esprime in chiave critica rispetto a questo passaggio argomentativo L. PICOTTI, *op. cit.*, 131 dove si afferma: «L'idea di "ordine pubblico" non riesce ad esprimere un preciso interesse concreto, suscettibile di offesa empiricamente verificabile, alludendo piuttosto ad una possibile *ratio* generale delle incriminazioni – peraltro non solo in materia di razzismo – che può tutt'al più concorrere a definire i criteri di bilanciamento normativo e giudiziale tra estensione della repressione penale e salvaguardia della libertà costituzionale di libera manifestazione del pensiero».

¹³⁹ La dottrina parla di "passaggio fondamentale". Cfr. L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 220; su questo passaggio si è espresso anche S. FERRARI, *op. cit.*, 170.

come tale tollerata, al di là che il singolo uomo abbia maturato una consapevole convinzione del proprio status, del proprio valore, dei propri diritti».

Si confermano, dunque, i seguenti passaggi logici: il bene giuridico tutelato dalle disposizioni sono l'eguaglianza e la dignità umana; la salvaguardia dell'ordine pubblico viene in evidenza in via residuale laddove le modalità di messa in atto della condotta dovessero essere tali da pregiudicare la sicurezza pubblica. È pur vero, però, che il concetto di dignità umana accolto all'interno della sentenza risulta più ampio rispetto a quello considerato nel presente lavoro, poiché il termine è fatto coincidere con le qualità proprie dell'«essere umano in quanto tale» e non con la pari dignità sociale come declinazione dell'eguaglianza sostanziale. Sarebbe, cioè, accolta quell'idea di dignità come meta-principio che si è già visto nel capitolo precedente essere foriera di dubbi interpretativi ed applicativi.

Del pari confermata, in un momento successivo della motivazione, l'idea secondo cui, se a trovare protezione sono gli interessi dell'eguaglianza e della dignità, soggetto passivo del reato non è la società globalmente intesa, bensì «colui che viene ritenuto inferiore ovvero odiato per ragione di razza o di etnia, ovvero viene discriminato per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi [...]». Nel caso di specie l'incitamento alla discriminazione, insito nell'invito alla popolazione a firmare una petizione indirizzata ai politici presenti nell'assemblea e nel governo locale, è stato chiaramente appuntato contro (tutti) gli appartenenti alla comunità etnica zingara veronese [...].».

Radicalmente diversa, invece, la qualificazione del reato che non è considerato di pericolo concreto, quanto piuttosto di pericolo astratto, con la conseguenza che il giudice non sarebbe tenuto ad effettuare quella pregnante valutazione sulle modalità di messa in atto della condotta al fine di verificare se vi sia la ragionevole (meglio elevata) probabilità di verificazione di eventi discriminatori, ma si limiterebbe ad accertare la semplice realizzazione della condotta vietata. Questo è un passaggio della sentenza in esame che, determinando un'eccessiva anticipazione della tutela penale, si ritiene di non condividere. Ci si potrebbe, dunque, chiedere se tale qualificazione abbia portato ad esiti processuali diversi da quelli cui si sarebbe giunti se fosse stato accolto il differente inquadramento prospettato. Con una valutazione chiaramente del tutto ipotetica, molto probabilmente il giudizio finale di condanna non sarebbe mutato: dando peso al fatto che i soggetti agenti fossero esponenti politici di estrema notorietà, che l'iniziativa di sgombero era stata

ampiamente pubblicizzata tramite manifesti, volantini e numerose conferenze stampa, che si era ricercato un tangibile e attivo appoggio da parte dei cittadini attraverso una campagna di raccolta firme, che l'obiettivo era colpire indistintamente tutti gli appartenenti all'etnia zingara, anche i soggetti regolarmente iscritti all'anagrafe, in quanto ritenuti fonte di minaccia per la sicurezza, pare non sussistano dubbi sul fatto che da tali condotte potesse discendere un pericolo concreto di verifica di atti di discriminazione.

In ogni caso, se questo è l'inquadramento fatto in via di principio dai giudici, osservando le conclusioni sembra che essi abbiano seguito, piuttosto, la via del pericolo concreto, sia nell'andare a valorizzare i più puntuali aspetti di realizzazione degli atti materiali penalmente rilevanti (ad esempio, a sostegno dell'assunto dell'ampia diffusività della campagna di raccolta firme si cita una delle testimonianze raccolte secondo cui l'opera di pubblicizzazione aveva superato i confini del territorio veronese ed interessato anche comuni limitrofi), sia nell'aver detto che «i Sinti sono stati discriminati non solo per il fatto di essere stati spersonalizzati e genericamente abbinati ad episodi di criminalità, ma anche per essere stati concretamente esposti al pericolo di essere allontanati dalla città di Verona che è anche la loro città».

Il primo grado di giudizio si concluse con la condanna degli imputati a sei mesi di reclusione e con la comminazione della sanzione accessoria del divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative per un periodo di tre anni. Entrambe le sanzioni vennero sottoposte a sospensione condizionale per cinque anni.

Nell'ambito del giudizio di appello¹⁴⁰, innanzitutto, la Corte compì una condivisibile risistemazione concettuale del bene giuridico tutelato, riconducendo la dignità umana non ad un valore estrinseco rispetto ai confini costituzionali, bensì ad un principio giuridico di non discriminazione. In secondo luogo, si assistette ad una parziale riforma della sentenza di primo grado tramite la riduzione a due mesi della condanna iniziale per diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e l'assoluzione per insussistenza del fatto in merito alla condanna di incitamento, ritenendo

¹⁴⁰ Quanto si dirà su questa fase del giudizio è tratto dall'analisi dei commenti della dottrina, non essendo disponibile il testo della sentenza della Corte d'Appello di Venezia. Cfr. L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 221-228; C. CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. TEGA, *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., 136-150.

non fondata la contestazione del carattere discriminatorio della petizione rivolta all'amministrazione comunale, nonostante il medesimo fatto venisse posto a fondamento della condotta di propaganda.

Tali elementi di novità della sentenza di secondo grado furono oggetto di scrutinio da parte della Suprema Corte che emise una pronuncia di cassazione con rinvio¹⁴¹. Innanzitutto, si venne a sancire la rilevanza esclusivamente indiretta dell'ordine pubblico come bene giuridico tutelato, riconoscendo una posizione di assoluta preminenza alla dignità umana come ricostruita dalla Corte d'Appello¹⁴²; in secondo luogo, si evidenziò che, nonostante l'intervento della legge 85/2006 che aveva sostituito il termine "diffonde in qualsiasi modo" con "propaganda" e "incitamento" con "istigazione", nel caso di specie queste modifiche, tenendo conto dei fatti originariamente contestati, non avrebbero avuto alcuna incidenza; da ultimo si chiarì che, nelle ipotesi in cui «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, 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».

Il rinvio venne, dunque, giustificato dalla necessità di accertare la compatibilità sul piano logico e probatorio fra l'assoluzione dall'imputazione di incitamento/istigazione a commettere atti di discriminazione razziale e la condanna per il reato di diffusione/propaganda di idee fondate sulla discriminazione e l'odio razziale, avendo le contestazioni a fondamento i medesimi fatti.

La Corte d'Appello di Venezia, nel compiere una nuova valutazione di tutti gli elementi probatori raccolti nel corso del giudizio, confermò la condanna a due mesi per propaganda discriminatoria. In particolare ampio spazio della motivazione venne dedicato all'analisi degli aspetti più minuziosi del contesto in cui le condotte erano state

¹⁴¹ Corte Cass., Sez. III, 13 Febbraio 2008, n. 13234, con commento di S. FERRARI, *op. cit.*, 164 ss.

¹⁴² A questo proposito si deve evidenziare che la Corte di Cassazione ha ancorato tale interpretazione non all'art. 3 comma 2 Cost., come sarebbe stato preferibile, bensì all'art. 2 comma 3 del d.lgs. 215/2003 di attuazione della direttiva 2000/43 CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. La dottrina ha evidenziato che, così argomentando, la Corte avrebbe compiuto una decostituzionalizzazione del bene protetto ponendo a raffronto due interessi di rango diverso; cfr. C. CARUSO, *op. cit.*, 138; L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 223; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 148, dove si afferma che dal riferimento a questa disposizione si potrebbe trarre la difficoltà dei giudici di valorizzare la dignità umana nei rapporti con la libertà di manifestazione del pensiero senza determinare un'ineffabile compressione di quest'ultima.

realizzate, come richiesto dai giudici di legittimità, concludendo che, per come i fatti si erano svolti, il pericolo di verifica di eventi discriminatori, tali da negare la pari dignità delle persone appartenenti alle comunità zingare, fosse concreto¹⁴³.

Promosso un nuovo ricorso davanti alla Corte di Cassazione, questa concluse per il rigetto, constatando che la Corte territoriale avesse adeguatamente risposto al quesito sollevato dalla sentenza di annullamento, valorizzando tutti gli elementi fattuali acquisiti¹⁴⁴.

7. Cenni alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Il tema della compatibilità tra previsioni penalistiche in materia di discorsi d'odio e libertà di manifestazione del pensiero è stato affrontato in numerose occasioni anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, assumendo a riferimento gli articoli 10 e 17 CEDU.

Con riguardo alla prima disposizione, al fine di verificare la sussistenza di una sua violazione, la Corte ha elaborato un test che si articola in tre momenti. Innanzitutto, viene

¹⁴³ V. in chiave critica C. CARUSO, *op. cit.*, 140, secondo il quale, tramite questa conclusione, i giudici avrebbero compiuto un evidente salto logico. In termini, invece, favorevoli nei riguardi di questo percorso argomentativo G. PAVICH, E. BONOMI, *op. cit.*, 13; L. SCAFFARDI, *op. cit.*, 224, dove si afferma che la lesione della dignità «verrebbe caratterizzata da un minor riconoscimento di diritti e da un infingimento della dignità sociale – individuale e collettiva – che porterebbe a radicare il convincimento dell'esistenza di razze superiori e inferiori».

¹⁴⁴ Corte Cass., Sez. IV, 30 Ottobre 2009, n. 41819. Da segnalare è il fatto che sulla base del percorso argomentativo sviluppato dalla giurisprudenza si è giunti ad una pronuncia di proscioglimento in Corte Cass., Sez. III, 23 Giugno 2015, n. 36906. La vicenda risultava in parte simile a quella del “caso Tosi”: l'imputato, noto esponente politico della città di Udine, in occasione delle elezioni per il rinnovo del Parlamento Europeo, aveva diffuso un volantino con lo *slogan* “Basta usurai – Basta stranieri” e l'immagine di un'Italia assediata da soggetti di colore dediti allo spaccio di sostanze stupefacenti, da Abramo Lincoln circondato da un'enorme quantità di dollari, da un cinese produttore di merce scadente, da una donna di etnia Rom sporca e pronta a “depredare” una donna italiana raffigurata con un bambino in braccio e da un soggetto di religione musulmana con una cintura di dinamite pronto a compiere un attentato. Secondo la Corte «la discriminazione per l'altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità» e «il messaggio del volantino era quello di propagandare un'avversione non verso i soggetti sullo stesso raffigurati in maniera caricaturale, ma verso le attività illecite dagli stessi poste in essere [...]. Il messaggio veicolato attiene all'idea, che il candidato vuole sottoporre all'elettorato, secondo cui va posto un freno alle attività finanziarie riconducibili alla finanza statunitense e alla presenza di stranieri sul territorio italiano, cui egli ricollega l'incremento di tutta una serie di attività delittuose». In senso critico la dottrina: v. F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, 205; A. IEVOLELLA, “Basta stranieri”: *slogan shock per il volantino elettorale. Cade l'accusa di razzismo*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 106.

accertato che la libertà sia compressa da una prescrizione di legge (*lawfulness of the interference*): al di là dei casi in cui la limitazione non sia contenuta in una norma generale ed astratta¹⁴⁵, secondo la Corte questo criterio non è rispettato anche se la disposizione, pur presente in senso formale, non dovesse essere facilmente accessibile e sufficientemente precisa da consentire di regolare le proprie condotte e di prevedere, con un ragionevole grado di probabilità, le conseguenze che possono seguire alla violazione del precetto¹⁴⁶.

In secondo luogo, la Corte accerta che la disposizione di legge miri a perseguire uno degli interessi elencati nel comma 2 dell'art. 10 CEDU (*legitimacy of the aim pursued by the interference*).

Infine, l'ultimo criterio è quello della “*necessity of the interference in a democratic society*”. Esso si compone di tre sotto criteri: *in primis* l'esistenza di un “*pressing social need*”, ovvero di un bisogno sociale che non deve essere necessariamente indispensabile, ma neppure meramente ammissibile, ragionevole o apprezzabile. È chiaro che, a questo proposito, gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento, anche se la Corte potrebbe ritenere di non condividere gli argomenti posti alla base della limitazione¹⁴⁷. Secondariamente, l'opzione per la misura che interferisca il meno possibile con la libertà di manifestazione del pensiero e la sua proporzionalità al fine di evitare derive censorie (*assessment of the nature and severity of the sanctions*). Da ultimo, la presenza di una motivazione sufficientemente chiara e completa da parte delle corti nazionali (*requirement of relevant and sufficient reasons*).

Con riguardo all'art. 17 CEDU, la Corte ha in più occasioni evidenziato che tale disposizione si applica in tutti i casi in cui il ricorrente abbia sviato una previsione della Convenzione dal suo effettivo scopo ottenendo un vantaggio dalla garanzia predisposta, al fine di giustificare, promuovere o mettere in atto condotte che sono contrarie al testo e allo spirito della Convenzione, nonché incompatibili con e lesivi dei valori fondamentali e democratici affermati in essa, tra cui assumono rilievo in particolare la tolleranza, la

¹⁴⁵ Deve comunque segnalarsi che la Corte, al fine di determinare un'eccessiva frizione con l'ordinamento inglese fondato sulla *common law* e sul valore del precedente giudiziario, ha ritenuto soddisfatto il criterio anche da leggi non scritte consolidate all'interno della giurisprudenza. V. ad esempio *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 Aprile 1979, No. 6538/74.

¹⁴⁶ ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression*, 2020, 22, consultabile al sito www.echr.coe.int.

¹⁴⁷ *Idem*, 23.

pace sociale, la non discriminazione, la parità di genere e il rifiuto della segregazione razziale¹⁴⁸. Più precisamente, le condotte che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 17 CEDU sono quelle fondate sull'odio, la violenza, la xenofobia e la discriminazione razziale, l'antisemitismo, l'islamofobia, la negazione e la revisione di fatti storici chiaramente accertati, di una guerra o un regime totalitario, disprezzo per le vittime dell'Olocausto, l'esaltazione di ideologie totalitarie e altre idee politiche incompatibili con la democrazia¹⁴⁹.

La Corte ha chiarito che questa norma è applicabile solo in casi eccezionali ed estremi, ovvero nelle ipotesi in cui il rischio di distruzione dei valori della Convenzione per mezzo dell'utilizzo dei diritti da essa garantiti sia immediato. Laddove sia coinvolta la libertà di manifestazione del pensiero, le espressioni utilizzate devono essere sufficientemente gravi e inequivocabili, fermo restando che vi sono ricomprese anche le produzioni artistiche dal contenuto satirico e provocatorio, generalmente oggetto di una tutela rafforzata proprio per il tipo di contenuti che esse solitamente veicolano¹⁵⁰.

Prima di procedere con l'esame di alcune delle più significative vicende giudiziarie in materia di discorsi d'odio, è indispensabile riportare due considerazioni critiche che la dottrina ha sviluppato con riguardo alle caratteristiche proprie della giurisprudenza della Corte di Strasburgo tali da renderla significativamente diversa da quella delle Corti Supreme nazionali e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. *In primis*, se una parte della dottrina vede in essa l'assolvimento di una funzione costituzionale, in linea con una prospettiva di tutela integrata e multilivello dei diritti fondamentali¹⁵¹, altri si assestano su una posizione molto più cauta, ritenendo che la giurisprudenza in esame tenda ad avvallare il ricorso a norme che, in realtà, violano i principi propri della materia penale (in particolare, determinatezza e materialità), attenuando «i processi nazionali di condivisione democratica alimentati dalla libertà di espressione» e mirando

¹⁴⁸ ECHR, *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights. Prohibition of abuse of rights*, 2020, 8, consultabile al sito www.echr.coe.int.

¹⁴⁹ *Idem*, 9.

¹⁵⁰ Ci si riferisce in particolare alla vicenda *Dieudonné M'bala M'bala v. Francia*, 20 Ottobre 2015, No. 25239/13; a commento della vicenda v. L. GOISIS, *op. cit.*, 323; G. PUGLISI, *La «satira» negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1 ss.

¹⁵¹ Cfr. O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Vol. II, Bologna, 2011, 1 ss.; A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 2013, 14.

esclusivamente «a pacificare l'agone politico prescindendo dallo scopo che le libertà perseguono negli ordinamenti costituzionali»¹⁵².

In secondo luogo, è stato evidenziato che «la Corte europea non si presenta in linea di principio come un giudice delle leggi, ma come un giudice dei casi concreti che le vengono sottoposti. Di conseguenza, le sue decisioni sono il frutto combinato di enunciazioni di principio e di bilanciamenti legati alle specificità non solo dell'ordinamento preso in considerazione, ma soprattutto della singola vicenda giudiziaria, che, per giunta, essa valuta nella sua “globalità”, cioè tenendo conto di tutti gli elementi in gioco; un giudizio di tipo casistico in cui assume rilievo il criterio del “pregiudizio effettivo” subito dal ricorrente»¹⁵³. Da ciò consegue che, pur nell'autorevolezza delle pronunce emesse dalla Corte, non è possibile stabilire a priori e in via generale quando ricorra una lesione della libertà di manifestazione del pensiero nel panorama convenzionale.

Compiuta questa premessa generale, in materia di discorsi d'odio connessi a motivi razziali, tra le vicende più dibattute e complesse si può menzionare la sentenza *Féret v. Belgium*¹⁵⁴. Nell'escludere l'applicabilità dell'art. 17 CEDU, la Corte articolò il proprio percorso argomentativo rilevando che i membri dei partiti politici belgi sono personalmente responsabili, sul piano civile e penale, per i discorsi e gli scritti che divulgano. Il ricorrente sarebbe stato, di conseguenza, perseguito non in quanto politico, ma in quanto autore ed editore dei volantini contestati, nonché in qualità di proprietario del sito *web* in cui essi venivano diffusi. Per quanto concerne il contenuto delle osservazioni incriminate, il messaggio trasmesso, oltre a fondarsi sulla differenza di cultura tra i cittadini belgi e le comunità straniere, presentava queste ultime come un insieme di criminali, interessati a deridere la popolazione belga approfittando dei vantaggi

¹⁵² C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in Quaderni costituzionali, 2017, 976-977.

¹⁵³ R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 51-52.

¹⁵⁴ *Féret v. Belgium*, 16 Luglio 2009, No. 1561/07. Il ricorrente, presidente del partito denominato *Nationaal Front* e proprietario del relativo sito *web*, nonché deputato alla Camera dei rappresentanti del Belgio, venne più volte denunciato per aver condotto, tra il 1999 e il 2001, campagne elettorali contenenti messaggi di incitamento all'odio, alla discriminazione e alla violenza in ragione della razza, del colore o dell'origine nazionale o etnica, condotta vietata dall'art. 1 comma 1 della legge 30 Luglio 1981. A seguito del venir meno dell'immunità parlamentare e della conseguente apertura di un procedimento penale, la Corte d'Appello di Bruxelles condannò l'imputato alla pena di duecentocinquanta ore di lavoro da svolgere nel settore dell'integrazione delle persone di nazionalità straniera e, in via sussidiaria, alla reclusione di dieci mesi. Inoltre, essa vietò di esercitare il diritto di candidarsi alle elezioni per un periodo di dieci anni e al pagamento di una somma provvisoria pari ad un euro per ciascuna delle parti civili. La condanna venne poi confermata dalla Corte Suprema belga.

sociali forniti dal Paese. La Corte, quindi, confermò la lettura fornita dal Governo secondo cui le parole utilizzate fossero idonee a suscitare nel pubblico meno informato sentimenti di disprezzo, rifiuto e odio nei riguardi degli stranieri.

Il cuore della pronuncia è rappresentato dal paragrafo 73, dove i giudici affermarono che può essere legittimamente comminata una sanzione per incitamento all'odio anche laddove le parole proferite o scritte non dovessero fare appello diretto alla commissione di un particolare atto di violenza. Questo perché gli attacchi alle persone commessi, anche tramite discorsi politici, per mezzo della ridicolizzazione e della diffamazione di certi gruppi rappresenterebbero uno strumento per ledere la dignità e la sicurezza di questi, nonché fonte di pericolo per la pace sociale e la stabilità politica negli Stati democratici.

Altro passaggio fondamentale nel percorso argomentativo è il paragrafo 76, che prende in esame il particolare mezzo utilizzato per la diffusione delle idee: posto che i volantini erano stati distribuiti non solo fisicamente, ma anche attraverso il sito *web* del partito nel contesto di una campagna elettorale, essi erano finalizzati a raggiungere l'elettorato in senso lato, ovvero l'intera popolazione e non una ristretta cerchia di soggetti, diventando così l'impatto del discorso razzista e xenofobo maggiore e più dannoso. La Corte sembra, quindi, assumere, rispetto all'utilizzo di *Internet* come strumento di diffusione delle opinioni, una posizione significativamente differente rispetto a quella della Corte Suprema americana precedentemente citata¹⁵⁵, riponendo l'attenzione non sugli apporti positivi in materia di libero scambio di idee, bensì sulle possibili lesioni di altri diritti fondamentali¹⁵⁶.

Infine, a totale smentita delle difese avanzate dal ricorrente, la Corte affermò che la qualità di parlamentare non potesse costituire una circostanza attenuante: se, infatti i

¹⁵⁵ V. cap. II, par. 1.

¹⁵⁶ Conferma di questa considerazione si può facilmente ricavare dalla sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel v. Ucraina*, 5 Agosto 2011, No. 33014/05, dove è stato affermato al paragrafo 63: «*The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms [...] is certainly higher than that posed by the press*», nonché, più recentemente, dalla sentenza *Delfi v. Estonia*, 16 Giugno 2015, No. 64569/09, «*Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online [...]. Thus, while the Court acknowledges that important benefits can be derived from the Internet in the exercise of freedom of expression, it is also mindful that liability for defamatory or other types of unlawful speech must, in principle, be retained and constitute an effective remedy for violations of personality rights*». Cfr. anche ECHR, *Guide on Article 10*, cit., cap. XIII.

partiti politici hanno il diritto di difendere le proprie opinioni in pubblico, dovrebbero evitare di farlo invocando la discriminazione razziale e ricorrendo a parole o atteggiamenti umilianti. Sarebbe, quindi, di cruciale importanza che i rappresentanti politici nei discorsi pubblici si astenessero dal diffondere dichiarazioni suscettibili di alimentare l'intolleranza e minare la fiducia nella comunità e, al contrario, promuovessero la difesa della democrazia e dei suoi principi, specie se il loro obiettivo ultimo dovesse essere il raggiungimento di una posizione di maggioranza.

La seconda questione, ovvero la proporzionalità della pena inflitta venne liquidata dalla Corte in modo piuttosto rapido, anzi, per certi versi, essa non fornì una vera motivazione della ragione per cui la pena comminata dovesse essere ritenuta proporzionata¹⁵⁷.

Sempre in tema di discorsi d'odio riconducibili all'odio razziale, ma che non hanno coinvolto soggetti politici o la critica politica in senso ampio, nella sentenza *Soulas et alii v. Francia*¹⁵⁸ la Corte ritenne insussistente la violazione dell'art. 10 CEDU in merito alla condanna di un gruppo di soggetti che avevano pubblicato un volume intitolato “*La*

¹⁵⁷ Deve, in ogni caso, darsi conto del fatto che a questo esito si giunse a fronte di un solo voto di scarto, a dimostrazione di quanto le peculiarità oggettive, ma soprattutto soggettive, del caso in esame abbiano fatto sorgere all'interno del collegio giudicante un acceso dibattito. La minoranza, rappresentata dai Giudici Sajó, Zagrebelsky e Tsotsoria, ritenne che la lesione del principio di libertà d'espressione fosse ravvisabile nella comminazione di una sanzione per dichiarazioni in cui non ci sarebbe stato alcun appello *concreto* alla violenza, alla segregazione o alla discriminazione contro una parte della popolazione e per affermazioni che non sarebbero state da qualificare come razziste perché non inneggianti alla superiorità o inferiorità di una razza né all'attribuzione ad un gruppo di caratteristiche biologiche innate. In definitiva, l'errore commesso dalla maggioranza sarebbe stato quello di presumere che i singoli volantini diffusi, isolatamente considerati, avessero un contenuto implicito legittimamente incriminabile, quando, in realtà, nell'esame delle parole effettivamente utilizzate questo contenuto sarebbe stato mancante, ovvero di aver trasformato un “sospetto” in “realtà”. Da ultimo, secondo i Giudici, nel caso in cui si debba fare riferimento ad affermazioni rese in un contesto politico, meritevole di approcci più cauti da parte della giurisprudenza, per discorso d'odio si dovrebbe intendere solo quello che sia direttamente teso a provocare atti di violenza ed intolleranza. Nel precedente caso *Erbakan v. Turchia* avente ad oggetto sempre discorsi d'odio razziale pronunciati nel dibattito politico la Corte aveva affermato che, al fine di tutelare la libertà del dibattito stesso, le limitazioni alla libertà di espressione dovessero rispondere ad esigenze imperiose. V. S. SOTTIAUX, S. RUMMENS, *Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 112-113. Gli Autori, effettuando un confronto con l'ordinamento statunitense, iscrivono questa pronuncia nel filone del “*bad tendency*” test, proprio della tradizione giurisprudenziale antecedente alla *clear and present danger rule* e maggiormente incline ad ammettere limitazioni della libertà d'espressione. Nel successivo caso *Stomakhin v. Russia* la Corte affermò il principio secondo cui, se tratto caratteristico del discorso politico è il ricorrere ad espressioni violente e controverse, nonché a narrazioni di fatti parziali e non obiettive, questo non potrebbe giustificare irragionevoli compressioni del diritto alla libera manifestazione del pensiero. Alla luce di queste considerazioni la dottrina ha avanzato l'ipotesi che la pronuncia *Féret* debba considerarsi un caso isolato. V. C. NARDOCCI, *La Corte europea ritorna sul discorso d'odio: tra bilanciamenti e tentativi di esercitazioni linguistiche. In margine a Stomakhin c. Russia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018. 3.

¹⁵⁸ *Soulas et alii v. Francia*, 10 Ottobre 2008, No. 15948/03.

colonisation de l'Europe” in cui si invocava l’addestramento dei giovani in vista dello scoppio di una guerra civile quale unica soluzione per fermare l’invasione degli immigrati provenienti dall’Africa settentrionale e centrale. Secondo la Corte, pur non potendo dare applicazione all’art. 17 CEDU, la gravità delle affermazioni compiute, legata soprattutto all’utilizzo di un linguaggio militare e alla descrizione di interi gruppi etnici come un pericolo per la sopravvivenza della civiltà occidentale, era tale da rendere la comminazione di una sanzione penale “*nécessaire dans une société démocratique*”¹⁵⁹.

Da ultimo, di grande interesse la sentenza *Šimunić v. Croazia*¹⁶⁰ da cui si può evincere come la qualificazione di alcune espressioni in termini di discorsi d’odio debba necessariamente passare per un’analisi del particolare contesto sociale di un Paese. Il ricorrente, calciatore, al termine di una partita si era rivolto agli spettatori per tre volte con il grido “Per la Patria” seguito dalla risposta “Siamo pronti”. Queste due frasi, apparentemente innocue, in realtà erano state utilizzate come saluto ufficiale del regime totalitario dello Stato Indipendente di Croazia (*Nezavisna država Hrvatska*) e successivamente come simbolo dell’ideologia razzista. La Corte ritenne inammissibile il ricorso per tre ragioni: il significativo supporto della sentenza di condanna su un’accurata motivazione e il parere di esperti; l’esiguità della multa applicata; il contesto in cui la condotta era stata posta in essere, alla presenza di un pubblico molto vasto e da parte di un soggetto che per il suo ruolo sportivo costituiva un modello anche per i giovani tifosi.

Con riguardo ai discorsi d’odio religioso, nella sentenza *Gündüz v. Turchia*¹⁶¹ la Corte, nel ritenere violato l’art. 10 CEDU, prese in esame il particolare contesto in cui le dichiarazioni erano state diffuse, evidenziando, come fatto dal ricorrente, che il programma televisivo era strutturato in modo da lasciare spazio anche a visioni differenti, a tutela del pluralismo e che lo scopo fosse quello di informare il pubblico su di un tema di grande interesse nella società turca. In più la mera difesa della *sharia*, pur totalmente incompatibile con i principi propri della Convenzione, senza alcun concreto incitamento

¹⁵⁹ *Idem*, par. 47.

¹⁶⁰ *Šimunić v. Croazia*, 22 Gennaio 2019, No. 20373/17.

¹⁶¹ La vicenda trae origine dalla condanna del ricorrente, cittadino turco e *leader* di una setta islamica, per aver reso delle dichiarazioni durante un programma televisivo trasmesso da un’emittente indipendente qualificate come incitamento della popolazione all’odio e all’ostilità sulla base dell’appartenenza religiosa, ai sensi dell’art. 312 commi 2 e 3 del Codice penale turco. Più precisamente, le affermazioni che portarono la Corte di sicurezza nazionale di Istanbul a pronunciare questa condanna riguardavano la descrizione della democrazia e del secolarismo come strutture dispotiche, empie e crudeli e la volontà di abbattere queste istituzioni per introdurre un regime fondato sulla *sharia*.

alla commissione di atti violenti per la sua introduzione, non poteva essere qualificata come discorso d'odio ai sensi della Raccomandazione (97)20 del Consiglio d'Europa¹⁶².

Significativamente diversa è la soluzione data dalla Corte alle vicende *Ivanov v. Russia*¹⁶³ e *Belkacem v. Belgio*¹⁶⁴. Nel primo caso, il ricorrente lamentava la violazione della libertà di manifestazione del pensiero in ragione della condanna da lui subita per aver pubblicato, in qualità di editore del mensile *Russkoye Veche*, una serie di articoli in cui invocava l'esclusione degli ebrei dalla vita sociale in ragione di una presunta connessione tra le difficoltà economiche e politiche della Russia e la presenza nel Paese della comunità ebraica. La Corte, in ragione del contenuto delle dichiarazioni rese, contrarie ai valori della tolleranza e non discriminazione, ritenne di dover applicare l'art. 17 CEDU, escludendo che qualunque tutela potesse provenire dal principio di libera manifestazione del pensiero.

Nel secondo caso il ricorrente, dirigente dell'organizzazione *Sharia4Belgium* sciolta nel 2012, era stato condannato per aver pubblicato attraverso la piattaforma YouTube, liberamente accessibile a chiunque, una serie di video in cui esortava tutti i musulmani alla *jihād* contro i non credenti. All'interno del ricorso egli aveva lamentato che la comminazione della sanzione penale costituisse una illegittima violazione dell'art. 10 CEDU, non avendo voluto, con le proprie affermazioni, incitare in alcun modo all'odio e alla violenza, ma soltanto divulgare le proprie convinzioni tra i fedeli musulmani. Dal canto suo, la Corte, anche in questo caso, diede applicazione all'art. 17 CEDU, qualificando la condotta come un abuso del diritto ed evitando le operazioni di bilanciamento con la libertà d'opinione, sulla base del fatto che l'utilizzo di espressioni

¹⁶² Si deve segnalare la presenza di un'unica *dissenting opinion* formulata dal Giudice Türmen: la sua attenzione si concentrò soprattutto sull'utilizzo del termine "*piç*", un grave insulto nella lingua turca e, come tale, da inserire pienamente nella definizione di *hate speech* non protetto dalle tutele dell'art. 10 CEDU. Questo sarebbe stato un aspetto, secondo il Giudice, che la maggioranza avrebbe dimenticato di considerare, accontentandosi del fatto che le Corti turche non vi avesse dato peso nel corso del procedimento penale. Nel caso di specie, quindi, il ricorso ad una espressione simile avrebbe costituito un serio attacco alle credenze e ai sentimenti di quella larga maggioranza di turchi che avevano scelto di non seguire i precetti religiosi. Del pari, avrebbero dovuto essere qualificati come discorsi d'odio gli appellativi di "empio" e "turpe" rivolti nei confronti di coloro che difendevano la democrazia e il secolarismo. Altro elemento che si sarebbe dovuto valorizzare era la qualifica di autorità religiosa di cui godeva il ricorrente, persona, dunque, assunta come punto di riferimento e munita di rilevanti doti persuasive soprattutto nel presentare sé stesso come esecutore della volontà divina.

¹⁶³ *Ivanov v. Russia*, 20 Febbraio 2007, No. 35222/04.

¹⁶⁴ *Belkacem v. Belgio*, 27 Giugno 2017, No. 34367/14.

così veementi fosse in contrasto con i valori di tolleranza, pace sociale e non discriminazione che rappresentano le fondamenta della Convenzione¹⁶⁵.

Ciò che distingue la sentenza *Gündüz* da quella appena citata e che porta la Corte a due soluzioni così divergenti è il fatto che nel primo caso vi era stata semplicemente una difesa della *sharia* e delle credenze religiose del ricorrente, mentre nel secondo una vera e propria chiamata alla commissione di atti violenti¹⁶⁶.

Da ultimo, con riguardo ai discorsi d'odio omofobico, nella sentenza *Vejdeland et alii v. Svezia*¹⁶⁷, i giudici condivisero la ricostruzione della Corte Suprema svedese secondo cui le espressioni concretamente utilizzate all'interno dei volantini andassero ben oltre lo scopo di suscitare un dibattito sull'assenza di oggettività nell'educazione nelle scuole svedesi: in particolare, venne appoggiata l'idea che, insieme alle libertà e ai diritti, le persone abbiano anche degli obblighi, tra cui quello di evitare affermazioni ingiustificatamente offensive per gli altri e che costituiscano un'aggressione ai loro diritti, come, invece, accaduto nel caso di specie. La Corte aderì anche alla valorizzazione del fatto che i ricorrenti fossero entrati senza permesso nella scuola e avessero sostanzialmente imposto agli studenti la lettura dei volantini.

In merito alle sanzioni applicate (multe tra i duecento e i duemila euro per tre dei ricorrenti e la libertà vigilata per il quarto), la Corte di Strasburgo non le ritenne sproporzionate per le circostanze. All'unanimità si concluse per l'assenza di violazioni dell'art. 10 CEDU.

In generale, il valore della mancata condanna della Svezia sta nel confermare la tendenza a garantire maggiori profili di tutela al fattore dell'orientamento sessuale nel sistema europeo. Sebbene non sussistano obblighi di penalizzazione in questa materia, in ogni caso, il fatto di aver qualificato come un *pressing social need* l'adozione di misure volte ad evitare la denigrazione e l'offesa per una caratteristica che distingue un certo

¹⁶⁵ *Idem*, par. 33.

¹⁶⁶ A commento delle tre vicende giudiziarie v. M. CASTELLANETA, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso di diritto nei casi di hate speech*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2017, 748 ss.

¹⁶⁷ La vicenda riguardava quattro giovani, associati nell'organizzazione National Youth, condannati in via definitiva dalla Corte Suprema svedese per agitazione contro un gruppo nazionale o etnico per aver questi distribuito in una scuola superiore un centinaio di volantini, collocati all'interno degli armadietti degli studenti, in cui si accusavano gli insegnanti di essere nemici del popolo svedese per il fatto di educare i giovani a credere normale l'omosessualità, ritenuta, al contrario, una devianza sessuale moralmente distruttiva della sostanza della società, causa di diffusione dell'AIDS e dello sfruttamento sessuale di minori d'età.

gruppo dalla maggioranza dovrebbe portare gli Stati che non sono ancora intervenuti sul punto ad una sempre più attenta riflessione¹⁶⁸.

Conferma di questa tendenza proviene da una recente sentenza della Corte di Strasburgo, ovvero la *Lilliendahl v. Islanda*¹⁶⁹: per quanto attiene i fatti di causa, il ricorrente era stato condannato, ai sensi dell'art. 233 del Codice penale islandese, per aver scritto un commento, al di sotto di un articolo pubblicato *online* relativo all'introduzione nelle scuole di percorsi educativi sull'orientamento sessuale, utilizzando parole qualificate come diffamanti e degradanti nei riguardi di un intero gruppo in ragione del loro orientamento sessuale. In particolare, il ricorrente aveva affermato che fosse disgustoso permettere di indottrinare i bambini su come dei devianti sessuali si accoppiassero, ricorrendo ad una espressione (*eðla sig*) generalmente utilizzata in riferimento agli animali. La Corte esclude la possibilità di dare applicazione all'art. 17 CEDU sulla base del fatto che, per quanto dannose fossero le espressioni utilizzate, al tempo stesso non fossero così gravi da ritenere sussistente l'utilizzo della libertà di manifestazione del pensiero come strumento per distruggere i valori della Convenzione. Nel verificare, quindi, la sussistenza di una violazione dell'art. 10 CEDU, la Corte evidenziò che, nei casi in cui dovessero essere utilizzate delle espressioni che non contengono un incitamento alla violenza o ad altre condotte penalmente rilevanti tali da giustificare l'applicazione dell'art. 17 CEDU, la qualificazione di tali espressioni come *hate speech* sarebbe pur sempre possibile e fondata sulla verifica della sussistenza di un contenuto offensivo, degradante ed umiliante nei riguardi di un gruppo e sulle modalità di diffusione, come peraltro affermato in *Féret e Vejdeland*¹⁷⁰. Nel caso di specie le dichiarazioni rese dal ricorrente, unitamente al fatto che fossero state pubblicate *online*, risultavano sicuramente rientranti in questa seconda categoria di *hate speech*. In relazione al requisito della necessità dell'imposizione di una sanzione penale, la Corte statuí, in modo molto chiaro, che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale presenta la

¹⁶⁸ C. DANISI, *La decisione Vejdeland e altri c. Svezia: Hate speech, orientamento sessuale e CEDU*, in Quaderni costituzionali, 2012, 452; *contra* M. CAIELLI, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in GenIUS, 2015, secondo la quale, in realtà, la ragione per cui la Corte non ha ritenuto violato l'art. 10 CEDU sarebbe legata al particolare contesto in cui i volantini erano stati diffusi, non potendosi, dunque, ricavare alcuna tendenza favorevole all'introduzione di misure di tipo penale per fronteggiare le condotte omofobiche. La validità di questa conclusione sembra essere oggi smentita da una recente pronuncia della Corte di Strasburgo di cui si dirà immediatamente di seguito.

¹⁶⁹ *Lilliendahl v. Islanda*, 12 Maggio 2020, No. 29297/18.

¹⁷⁰ *Idem*, par. 35-36.

stessa gravità di quella fondata sulla razza, origine nazionale o colore della pelle e che, di conseguenza, è legittima la predisposizione di misure volte a proteggere le minoranze da discorsi intolleranti¹⁷¹. Alla luce di quest'ultima considerazione, il fatto che la discrezionalità degli Stati in merito all'opportunità di introdurre limitazioni ai discorsi d'odio omofobico sia considerevolmente ridotta sembra essere sempre più palese¹⁷².

8. Ulteriori censure per l'aggravante di negazionismo: limitazione della libertà di ricerca storica e violazione del principio di laicità del diritto penale

Come si è già avuto modo di evidenziare con riguardo alla corretta individuazione del bene giuridico tutelato a fronte della criminalizzazione del c.d. negazionismo, tale particolare ipotesi di discorso d'odio impone delle riflessioni ulteriori, oltre a quelle di compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero¹⁷³. La dottrina ha, infatti, messo in evidenza che prevedere sanzioni penali in relazione alla diffusione di idee negazioniste potrebbe porsi in contrasto anche con la libertà di ricerca storica e con il principio di laicità del diritto penale¹⁷⁴. Più precisamente, è stato detto che «affidare al diritto, specie a quello penale, il ruolo di custode della verità storica, della versione “ufficiale” del passato significa consentire un'incursione dei pubblici poteri negli spazi riservati alle scienze e alla ricerca storica; sarebbe come aprire una breccia, che può essere poi

¹⁷¹ *Idem*, par. 45.

¹⁷² G. FEDELE, *No Room for Homophobic Hate Speech Under the EHCR: Carl Jóhann Lilliendahl v. Iceland*, 26 Giugno 2020, consultabile al sito www.strasbourgobservers.com. L'Autore, a sostegno di questa conclusione, cita un'ulteriore sentenza, la *Beizaras e Levickas v. Lituania*, 14 Gennaio 2020, No. 41288/15, in cui si considerava il caso di due giovani uomini che, dopo aver postato su *Facebook* una foto che li ritraeva mentre si scambiavano un bacio, riceverono migliaia di commenti in cui si invocava la castrazione, l'uccisione, lo sterminio e il rogo per tutti gli omosessuali. Poiché il giudizio davanti alla Corte di Strasburgo non ha coinvolto direttamente gli articoli 10 e 17 CEDU, si è preferito non approfondire ulteriormente questa vicenda.

¹⁷³ Con riguardo alla negazione dell'Olocausto una parte della dottrina ritiene inopportuno il richiamo al diritto d'opinione sulla base del fatto che di opinione si può parlare correttamente solo in caso di assenza di certezze rispetto all'oggetto di discussione. Secondo questa linea interpretativa ci si dovrebbe piuttosto chiedere se esista o meno un diritto costituzionalmente garantito di dire il falso, sostenerlo e diffonderlo, concludendo la disamina in termini negativi. Cfr. G. BALBI, *op. cit.*, 244.

¹⁷⁴ Cfr. E. FRONZA, A. GAMBERINI, *op. cit.*, 2013, 1 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 149 ss.

attraversata anche per vicende meno discusse»¹⁷⁵; e ancora: «l'introduzione di una figura delittuosa così come formulata [...] farebbe divenire lo strumento penale inevitabilmente un presidio allargato di verità ufficiali alle quali si dovrebbe piegare ogni valutazione storica, sulla base di una decisione del giudice penale»¹⁷⁶. È questo un problema di cui si sono fatti interpreti non solo i giuristi, ma anche gli storici che, a seguito delle dichiarazioni rilasciate alla stampa dal Ministro della Giustizia Mastella circa la definizione di una proposta di legge per la repressione della negazione dell'Olocausto, firmarono un appello, riproponendo gli argomenti già presentati e mettendo in evidenza come una legge di quel tenore si sarebbe rivelata sbagliata, dannosa e controproducente¹⁷⁷. Con specifico riguardo alla laicità del diritto penale, si è detto che «una concezione autenticamente laica deve ammettere la possibilità che venga proposta qualsiasi interpretazione dei fenomeni storici, anche la più aberrante. Un moderno assetto democratico possiede efficaci strumenti di confutazione “dialogica” delle tesi avvertite come erronee, o addirittura inaccettabili e ripugnanti»¹⁷⁸.

Si ritiene che tali argomenti possano essere condivisi solo se la prospettiva di partenza fosse la netta separazione delle ipotesi di negazione della Shoah da quelle dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra richiamati al comma 3. Per quanto attiene, infatti, la negazione dell'Olocausto, la replica alle critiche riportate può essere articolata lungo tre direttrici: perché il legislatore è intervenuto con lo strumento del diritto penale ponendo in primo piano proprio quel fatto storico; perché il principio di libertà di ricerca, tutelato all'art. 33 Cost., non può trovare applicazione in riferimento al negazionismo; quali sono i limiti intrinseci all'“approccio dialogico”, tali da non poter escludere completamente qualsiasi ruolo del diritto penale in materia.

Prendendo le mosse dal primo argomento, si ritiene che risposte a questo interrogativo siano state già date in precedenza¹⁷⁹: oltre alla tragicità degli eventi che rappresentano un *unicum* con riguardo alla storia europea, il punto di vista da cui prende le mosse il legislatore è quello per cui la negazione o la minimizzazione dell'Olocausto

¹⁷⁵ Ricostruisce in questo modo i confini del rilievo critico G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in Rivista AIC, 2014, 3.

¹⁷⁶ E. FRONZA, A. GAMBERINI, *op. cit.*, 5.

¹⁷⁷ M. FLORES, *Negazionismi*, cit., 5 ss., il quale condivide l'idea secondo la quale punire il negazionismo equivale ad imporre assurdamente una «verità di Stato»; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in Diritto penale contemporaneo, 2015, 327.

¹⁷⁸ S. CANESTRARI, *op. cit.*, 156.

¹⁷⁹ V. *supra* par. 2.2.1.

rappresenti un diverso modo di riproporre idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnica e di istigazione alla commissione di atti di discriminazione e di violenza. In dottrina, per spiegare questa prospettiva, è stato impiegato un percorso argomentativo molto semplice, ma efficace: «sostenere che fuori c'è la nebbia quando invece c'è il sole; difendere teorie geocentriche; affermare che l'uomo non è mai stato sulla Luna; ricostruire in modo arbitrario e non fondato l'11 Settembre: sono tutte posizioni che portano avanti tesi false. Eppure per nessuna di queste invochiamo la repressione penale per ripristinare la verità, e anche quando invochiamo per costoro un bravo psichiatra o un normale oculista, non stiamo dicendo che l'autorità pubblica dovrebbe sottoporli a un trattamento sanitario obbligatorio: credano pure quel che vogliono, e per il resto vadano al diavolo»¹⁸⁰. La legge penale in questo ambito non è, dunque, uno strumento né di presidio né di imposizione di verità ufficiali: *in primis*, perché parlare in questi termini sembra quasi sottintendere che sull'esatta ampiezza e gravità della Shoah possano ancora esprimersi ragionevoli dubbi, che se quella è la verità "ufficiale" ne potrebbero esistere delle altre di non ufficiali; in secondo luogo, perché la sanzione penale deve essere concepita come strumento di tutela di persone (e non di verità) che vedono il loro diritto all'eguaglianza sostanziale messo in pericolo dalle affermazioni negazioniste.

Con riguardo all'applicazione della libertà di ricerca, si ritiene che parlare in questi termini rispetto al negazionismo significhi chiamare in gioco un principio «fuori luogo, nel senso di non pertinente»¹⁸¹. Per comprendere ciò è indispensabile tenere nettamente distinti il revisionismo dal negazionismo, termini spesso confusi e sovrapposti: mentre il primo, consacrato nella cosiddetta controversia tra gli storici (*Historikerstreit*) che coinvolse la cultura storiografica tedesca tra il 1986 e il 1987, consiste nel riesame di un momento storico alla luce di una nuova documentazione e di una spinta interpretativa radicata nelle convinzioni e nelle rappresentazioni culturali del presente¹⁸², il secondo rappresenta una corrente antistorica e antiscientifica del revisionismo¹⁸³, totalmente estranea all'uso del metodo di ricerca proprio dello storico.

¹⁸⁰ C. DEL BÒ, *op. cit.*, 295. Non può tacersi il fatto che l'Autore si dichiara contrario alla penalizzazione in ragione del timore che la repressione penale potrebbe dare ai negazionisti una «patente di serietà» e trasformarli in «martiri della libertà di espressione».

¹⁸¹ G. BALBI, *op. cit.*, 244.

¹⁸² M. FLORES, *Revisionismo storiografico*, in Enciclopedia italiana, VII Appendice, 2007.

¹⁸³ Cfr. L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 310, dove si parla di «degenerazione»; accoglie questa distinzione anche Corte Cass., Sez. I, 19 Novembre 2021, n. 3808, in cui si afferma che «mentre ogni storico che si rispetti è revisionista, nel senso che è disposto a rimettere costantemente in gioco le proprie conoscenze

L'impossibilità di parlare di libertà di ricerca storica con riferimento al negazionismo è stata confermata anche dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Garaudy c. Francia*¹⁸⁴: secondo i giudici, per verificare se un fatto storico possa essere legittimamente messo in discussione, ricadendo così nella tutela di cui all'art. 10 CEDU, deve essere indagato l'obiettivo perseguito, il metodo utilizzato e il contenuto delle affermazioni. Posto che il ricorrente, mediante la pubblicazione del volume *The Founding Myths of Modern Israel*, aveva palesemente alterato gli avvenimenti storici con lo specifico scopo di riabilitare il regime nazionalsocialista, nessuna protezione convenzionale poteva essergli accordata.

Infine, con riguardo ai limiti dell'approccio dialogico, in dottrina è stato sostenuto che sarebbe «meglio lasciarli farneticare i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava – nel Sofista – la “scienza degli uomini liberi”»¹⁸⁵. È questo un argomento che, seppur preso in considerazione con riguardo alla fattispecie di negazionismo, assume evidentemente una portata più generale, tale da coinvolgere l'intera categoria dei discorsi d'odio. Si ritiene che accogliere questa prospettiva, da cui discende la conseguenza di negare qualsiasi ruolo per il diritto penale nel campo dell'*hate speech*, non possa essere condivisa: dialogo e legge penale non si pongono in un rapporto di *aut aut*, bensì di reciproca integrazione. Come si è già avuto modo di evidenziare in precedenza¹⁸⁶, una strategia di contenimento dei discorsi d'odio che puntasse solo sul dialogo o solo sulla repressione penale sarebbe in partenza fallimentare. In quest'ottica il confronto dialettico e, più in generale, la formazione culturale dovrebbero rappresentare uno strumento di carattere preventivo, destinato ad agire ad ampio spettro, con l'obiettivo di creare consapevolezza sul tema mediante il coinvolgimento attivo dell'intera società civile.

Del resto, l'idea di permettere un'indiscriminata circolazione di qualunque opinione, in modo che sia la collettività a decidere liberamente a quali dare credito e a

qualora l'evidenza documentaria lo induca a rivedere le sue posizioni, il negazionista è colui che nega l'evidenza storica stessa».

¹⁸⁴ Corte EDU, *Garaudy c. Francia*, 24 giugno 2003, No. 65831/01; a commento della vicenda giudiziaria v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 146 ss.

¹⁸⁵ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre*, cit., 18. In termini simili C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 8 ss.; A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, cit., 49.

¹⁸⁶ V. cap. 2, par. 1.

quali no, sembra partire dal postulato (in quanto tale indimostrato) secondo cui il dialogo vedrà sempre uscire vittoriosi i principi connessi alla tutela dell'eguaglianza sostanziale e della pari dignità sociale, che l'opinione pubblica sceglierà sempre e comunque il rifiuto delle idee poste a fondamento dei discorsi d'odio. La storia dimostra palesemente che non è così: quanto più la realtà sociale è dominata dalle diseguaglianze, dall'incertezza, dalla precarietà del futuro, dall'incapacità del legislatore di fornire risposta agli appelli che provengono dalla cittadinanza, tanto più si è disposti a credere e convincersi che tutti i "mali" della società siano da imputare ad un certo gruppo. E «il passaggio dalla predicazione teorica all'attuazione pratica» è «rapido e brutale»¹⁸⁷. Sebbene sia senza dubbio vero che le strutture giuridiche oggi esistenti tendono ad essere più solide rispetto a quelle del passato, c'è da chiedersi fino a che punto ci si possa limitare a riporre fiducia «nell'inevitabile prevalenza della ragione»¹⁸⁸. Più in generale, si esprime un sincero dubbio sulla possibilità che la coltivazione di quel tipico atteggiamento relativista proprio del nostro tempo e l'astensione dal riconoscere la presenza di principi primi incontestabili sia davvero uno strumento di rafforzamento della democrazia e non, invece, l'origine del suo indebolimento prima e distruzione poi.

Da ultimo, in via incidentale, ci si chiede se sia effettivamente corretto parlare di "dialogo", posto che perché questo sia presente, da un lato, è necessario riconoscere pari dignità alle tesi sostenute dalla propria controparte e, dall'altro, che questa sia disponibile ad ascoltare, cosa che, nella maggior parte dei casi, pare mancare¹⁸⁹.

Considerazioni a parte sono, invece, necessarie con riguardo alla negazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, limitandosi l'art. 604-*bis* comma 3 a rimandare agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, i quali contengono solo un'indicazione dell'esatto modo di intendere questi crimini. Mediante tale formulazione il legislatore italiano ha costruito una fattispecie differente rispetto a quella presente in altri ordinamenti europei. A titolo di

¹⁸⁷ P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Torino, 1958, 202.

¹⁸⁸ G. BALBI, *op. cit.*, 252.

¹⁸⁹ *Ibidem*. L'Autore si esprime in questi termini «tornando al mondo reale, va invece rilevato come prospettare una soluzione dialogica sottenda, tra l'altro, l'assoluta mancanza di comprensione di chi siano coloro che si vorrebbe assumere a interlocutori. Basti pensare come *Olodogma*, il più significativo tra i siti negazionisti italiani, presenti ai suoi lettori l'introduzione nel nostro ordinamento dell'aggravante di negazionismo: *La legge 115/2016 dei tagliagole sionisti contro la libertà di espressione dei cittadini, detta anti negazionismo, è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale*».

esempio, si può fare riferimento al contesto normativo francese e tedesco¹⁹⁰. Nel primo la disposizione di riferimento è l'art. 24-*bis* della *Loi Gayssot* che punisce chi contesta attraverso discorsi in luoghi o riunioni pubbliche, gli scritti, i disegni, gli emblemi, le immagini, quadri venduti o distribuiti, messi in vendita o esposti in luoghi o riunioni pubbliche o attraverso manifesti esposti al pubblico, i crimini contro l'umanità, come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale e commessi o da membri di un'organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell'art. 9 dell'Accordo di Londra dell'8 Agosto 1945 o da un individuo che sia stato dichiarato colpevole dei predetti crimini da una giurisdizione francese o internazionale¹⁹¹. Alla luce di questa circoscrizione dell'ambito applicativo della fattispecie, la figura delittuosa potrà applicarsi solo in quanto sia posta in essere una condotta di negazione dei crimini contro l'umanità per i quali venne istituito il Tribunale Speciale di Norimberga¹⁹² e già accertati da una giurisdizione nazionale o internazionale, rappresentando, dunque, tale ricognizione un elemento costitutivo della fattispecie di reato.

Analoga limitazione figura all'art. 130 *StGB* con cui si punisce chi, con modalità idonee a turbare la quiete pubblica durante un'adunanza ovvero una manifestazione, pubblici approvi, neghi o minimizzi i fatti avvenuti durante il Governo Nazionalsocialista come descritti nell'art. 6 comma 1 del Codice Penale Internazionale¹⁹³.

Tali circoscrizioni della rilevanza penale della condotta di negazionismo possono essere spiegate alla luce della distinzione compiuta dalla Corte di Strasburgo nel già citato caso *Garaudy c. Francia* tra “fatti storici chiaramente stabiliti come l'Olocausto” e la categoria dei fatti rispetto ai quali “è tuttora in corso un dibattito tra gli storici circa come

¹⁹⁰ Cfr. G. GAVAGNINI, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *op. cit.*, 199 ss.

¹⁹¹ “*Seront punis (...) ceux qui auront contesté l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du Statut du Tribunal Militaire International annexe a l'Accorde de Londres du 8 aout 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du dis Statut, soit par une personne coupable de tels crimes par une jurisdiction française ou internationale*”. Cfr. il sito www.legifrance.gouv.fr.

¹⁹² Posto che la norma di riferimento rimanda in generale ai crimini contro l'umanità, si è posto il problema con riguardo all'applicabilità della medesima in caso di negazione del genocidio armeno. In occasione del processo allo storico Bernard Lewis, il *Tribunal correctionnel* dichiarò le accuse irricevibili poiché il fatto contestato non riguardava un crimine contro l'umanità commesso durante la Seconda Guerra Mondiale da organizzazioni o persone che agivano per conto dei Paesi facenti parte dell'Asse. Cfr. per un commento della vicenda E. FRONZA, *op. cit.*, 44 ss.

¹⁹³ “*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost*”. Cfr. il sito www.gesetze-im-internet.de.

sono avvenuti e come possono essere interpretati”¹⁹⁴. Se, dunque, con riguardo ai primi può tranquillamente ribadirsi che la mole di documenti e fonti a disposizione risulta tale che eventuali nuove indagini storiche contribuirebbero solo ad aumentare le conoscenze già presenti e che quei fatti storici in un contesto processuale dovrebbero essere trattati come fatti notori¹⁹⁵, con riferimento ai secondi devono essere coltivate maggiori cautele. In particolare, si porrebbe in capo al giudice il compito preliminare di verificare se i fatti storici oggetto di discussione integrino o meno un crimine di genocidio, di guerra o contro l’umanità, necessitando di elementi probatori, capacità e risorse che trascendono il suo ruolo. Oppure, se tale compito fosse attribuito al legislatore, ne deriverebbe una significativa interferenza tra il mondo politico e quello giudiziario e una possibile fondatezza della critica per cui le fattispecie in esame sarebbero volte ad imporre indebite verità di Stato¹⁹⁶. È solo, dunque, per la seconda parte del comma 3 dell’art. 604-*bis* che

¹⁹⁴ Una netta separazione tra le condotte di negazione dell’Olocausto e degli altri crimini di rilievo internazionale si trova anche nella discussa sentenza *Perinçek c. Svizzera*. La vicenda riguardava un cittadino turco, presidente del Partito Turco dei Lavoratori, che in occasione di alcune iniziative politiche in Svizzera, affermò che gli eventi verificatisi sotto il dominio dell’Impero ottomano a partire dal 1915 non potessero essere qualificati come genocidio e che gli atti di violenza commessi dai turchi rappresentassero una risposta difensiva contro gli attacchi degli armeni. Nell’escludere l’applicabilità dell’art. 17 CEDU e nel ritenere sussistente nel caso di specie una violazione dell’art. 10 CEDU sulla base del presupposto che la sanzione non avrebbe perseguito uno scopo legittimo e non sarebbe stata necessaria in una società democratica, la Corte precisa che, con riguardo all’Olocausto, il primo fattore che giustifica la punibilità delle opinioni negazioniste consiste non nella difesa della verità storica, ma, piuttosto, nella intrinseca pericolosità di tali opinioni rispetto al contesto regionale in cui sono espresse. Per un commento della vicenda v. L. DANIELE, *Negazionismo e libertà d’espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano. Per una democrazia tollerante, anziché «militante»*, in Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo, 2017, 98. Trattasi di una pronuncia significativa poiché la Grande Camera specifica i requisiti di applicabilità dell’art. 17 CEDU con riguardo alla fattispecie di negazionismo. Esso non opererebbe quando la negazione dovesse avere ad oggetto: l’inquadramento giuridico del fatto e non l’evento storico in sé; quando la condotta non incita all’odio né alla violenza (con esclusione della negazione dell’Olocausto in cui l’incitamento è ritenuto presunto); quando manca una manifestazione di disprezzo nei riguardi delle vittime. Per quanto attiene i requisiti di applicabilità dell’art. 10 CEDU si rimanda al par. 2.6. del presente capitolo.

¹⁹⁵ F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio all’aggravante del negazionismo: nient’altro che un prodotto della legislazione penale “simbolica”?*, in *disCrimen*, 2018, 13; G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI, F. CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, 222. *Contra* G. BALBI, *op. cit.*, 238, il quale parla di «illegittima scorciatoia probatoria».

¹⁹⁶ G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazioniste nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDIBlog*, 22 Giugno 2016; dello stesso avviso il *Conseil Constitutionnel* francese che ha dichiarato costituzionalmente illegittima per contrasto con la libertà di espressione la legge n. 647 del 2012 nella parte in cui prevedeva l’estensione della rilevanza penale alle condotte di negazione di genocidi riconosciuti come tali dal legislatore francese. Per questa vicenda cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., 96 ss. Si deve, peraltro, dare atto del fatto che la stessa Corte non ha ritenuto costituzionalmente conforme neppure la previsione di cui all’art. 24-*bis* della *Loi Gayssot* con cui si ancorava la punibilità del negazionismo all’accertamento dei fatti da parte di un tribunale francese o internazionale. In senso critico rispetto al percorso argomentativo sviluppato in questa pronuncia L. GOISIS, *op. cit.*, 321, secondo la quale la sentenza «da un lato, privilegia la libertà di ricerca storica,

le riserve di compatibilità con la libertà di ricerca scientifica e il principio di laicità del diritto penale possono dirsi fondate. Sarebbe, di conseguenza, quantomai necessario, anche alla luce delle considerazioni che verranno svolte al paragrafo successivo, che il legislatore mettesse mano alla fattispecie.

9. Ragionevolezza, determinatezza, materialità ed offensività come criteri di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione di bilanciamento

Alla luce di quanto sin qui esposto, si porta avanti la convinzione che la previsione di fattispecie penali in materia di discorsi d'odio non sia *di per sé* contrastante con il principio di libera manifestazione del pensiero. Piuttosto, come già detto¹⁹⁷, un'eventuale lesione dell'art. 21 Cost. potrebbe discendere dall'approvazione di disposizioni che violino i principi di ragionevolezza, determinatezza, materialità ed offensività di cui agli articoli 3 e 25 comma 2 Cost., i quali, dunque, trascenderebbero rispetto ai loro normali confini applicativi e assurgerebbero a criteri di verifica dell'adeguatezza del bilanciamento degli interessi in gioco costituzionalmente garantiti. Resta, dunque, da sciogliere il nodo circa la compatibilità dell'art. 604-*bis* con queste disposizioni costituzionali.

Prendendo le mosse dall'art. 3, posto che di questo problema si è già detto in precedenza, si tratta solo di richiamare le tre linee interpretative che si ritiene di seguire: innanzitutto, la norma incrimina proprio fatti che determinano un'offesa alla «pari dignità sociale» degli uomini, ai loro «diritti inviolabili» e, in definitiva, al principio di eguaglianza¹⁹⁸. In secondo luogo, la norma comporta un «trattamento differenziato di situazioni oggettivamente diverse»¹⁹⁹, secondo la tipica accezione attribuita all'art. 3 Cost. che non vieta la predisposizione di discipline diverse *tout court*, bensì discipline diverse ingiustificate. Da ultimo, con riguardo all'esclusione di categorie protette che

dall'altro tuttavia nega la circostanza della generale competenza degli organi giurisdizionali, soprattutto internazionali, nella definizione dei *core crimes*.

¹⁹⁷ V. *supra*, par. 2.4.1.

¹⁹⁸ L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 137; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 287.

¹⁹⁹ V. *supra*, nota 102.

dovrebbero essere incluse nella norma, si ritiene che una declaratoria di illegittimità costituzionale sia improbabile: da una parte, perché alla declaratoria di incostituzionalità seguirebbe l'abrogazione con efficacia *ex tunc* delle disposizioni e, dunque, la privazione delle tutele per i gruppi inclusi nel disposto normativo; dall'altra, perché si dovrebbe immaginare che la Corte optasse per una sentenza manipolativa di tipo additivo, invadendo palesemente un campo riservato al legislatore.

Venendo, ora, alla possibile violazione dell'art. 25 comma 2, in dottrina è stato affermato che il legislatore avrebbe fatto uso all'art. 604-*bis* c.p. di formule troppo generiche e laconiche il cui significato, in definitiva, verrebbe ricostruito solo *ex post* al momento dell'accertamento della responsabilità penale²⁰⁰. Altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che le fattispecie incriminatrici in esame consentano di delimitare con sufficiente precisione, attraverso il comune procedimento interpretativo, il contenuto delle locuzioni utilizzate²⁰¹, anche con riferimenti alle fonti internazionali operanti in materia.

I primi tre elementi da circoscrivere nel loro significato sono quelli di discriminazione, razzismo e odio. Si tratta di tre concetti che, in quanto dati per presupposti nell'art. 604-*bis* e implicanti valutazioni anche di carattere extra-giuridico, necessitano di essere ricostruiti congiuntamente. Un'analisi isolata dei singoli termini rischia, infatti, di portare a considerarli «formule di stile» o «definizioni ostensive»²⁰².

La nozione di discriminazione, come già riportato, è descritta all'art. 1 della Convenzione di New York, secondo cui essa “sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica”. Tale definizione è, poi, ripresa all'art. 43 del d.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione). Il concetto di discriminazione così circoscritto si compone «di un aspetto oggettivo (distinzione, esclusione, restrizione o preferenza – basata su razza, colore, ascendenza, origine nazionale o etnica) e uno dinamico/soggettivo (scopo o effetto

²⁰⁰ A. SPENA, *Libertà di espressione e reati d'opinione*, cit., 699.

²⁰¹ L. PICOTTI, *op. cit.*, 138; così anche G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 5 ss.

²⁰² Per queste note critiche cfr. rispettivamente G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1325 e F. BACCO, *Tra sentimenti e uguale rispetto*, cit., 199.

– di distruggere o compromettere – il riconoscimento, godimento o esercizio – dei diritti dell’uomo, delle libertà fondamentali – in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica – in condizioni di parità), che debbono coesistere»²⁰³.

In giurisprudenza è stato affermato che per discriminazione si deve intendere «un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità»²⁰⁴; in dottrina si è aggiunto che «la condotta discriminatoria muove dalla sottolineatura di una diversità e di una appartenenza a determinate categorie o gruppi di persone, accomunate da un fattore (l’origine etnica o geografica, il credo religioso, l’orientamento sessuale) visto come connotato negativo, come oggetto di diletto, di disprezzo [...] o come segno di una pretesa inferiorità»²⁰⁵. E ancora: «le differenze illegittime di trattamento sono da intendersi come un’esclusione di qualcuno nella distribuzione di benefici; discriminato è per definizione il diverso nel senso valutativo del termine, cioè dell’inferiore»²⁰⁶. Da ultimo, uno degli apporti più approfonditi in tema di discriminazione è rappresentato dal Manifesto per l’uguaglianza di Luigi Ferrajoli, in cui l’Autore compie una distinzione tra il concetto di differenze e di disuguaglianze: mentre le prime «consistono nella diversità delle nostre identità individuali» e «riguardano [...] le distinzioni di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», le seconde «consistono invece nelle diversità delle nostre condizioni economiche e materiali» e riguardano «gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»²⁰⁷.

Per quanto attiene la nozione di razzismo, questa a differenza della discriminazione, non trova alcun fondamento normativo. Il termine ha una storia molto lunga e affonda le

²⁰³ C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO, *op. cit.*, 147; l’Autore riporta altresì che la Corte di Cassazione, con sentenza del 5 Dicembre 2005, n. 44295, ha precisato che il termine discriminazione non è riferibile a qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, tra soggetti di diversa razza, etnia, nazionalità o religione, ma debba essere tratta esclusivamente dalla definizione contenuta nella Convenzione del 1966.

²⁰⁴ Cass., Sez. V, 28 Gennaio 2010, n. 11590.

²⁰⁵ G. PAVICH, A. BONOMI, *op. cit.*, 6.

²⁰⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, Bologna, 2005, 45; il concetto è ripreso anche da S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico – giuridici. Dall’immigrazione agli sviluppi della techno – scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società*, Torino, 2015, 4, con commento di T. CASADEI, *Questioni di linguaggio e funzioni del diritto. Note intorno a un recente studio sulle discriminazioni*, Bologna, 2017, 295 ss.

²⁰⁷ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, Roma – Bari, 2018, 3 ss.

sue radici nella teoria dell'atavismo di Cesare Lombroso, a sua volta ispiratosi al pensiero di Charles Darwin, in cui il concetto di razza è utilizzato in senso biologico²⁰⁸: in particolare, secondo Lombroso, sarebbero esistiti individui nei quali lo sviluppo si sarebbe arrestato a uno stadio anteriore rispetto allo sviluppo della specie umana (i cosiddetti primitivi e selvaggi o “razze colorate”, più simili ad animali che a persone) e contraddistinti da una pluralità di caratteri abnormi di tipo anatomico, biologico e psicologico cui si sarebbero associate tendenze e manifestazioni criminose. Attualmente, anche alla luce del netto rifiuto dell'esistenza di razze in quanto teoria priva di basi scientifiche, il razzismo fonda la sua esistenza non più su presupposti di carattere biologico (si parla, infatti, di debiologizzazione), bensì di tipo simbolico: da questa prospettiva, il razzismo oggi si identifica non con l'affermazione dell'ineguaglianza, quanto sull'affermazione della differenza assoluta tra popoli, nazioni, culture e civiltà, giungendo, comunque, sempre al risultato di rifiutare, escludere ed emarginare il “diverso”²⁰⁹.

Un interessante approfondimento sulla nozione di razzismo compare anche nella sentenza del Tribunale di Verona conclusiva del primo grado di giudizio nel c.d. “caso Tosi”²¹⁰: esso viene definito come «eredità xenofoba, concepita come atavica e originaria», «un effetto di logiche sociali di dominio, sfruttamento e prevaricazione». Secondo i giudici sarebbero due gli assiomi che contraddistinguono il pensiero razzista di oggi: da un lato, «si crede che esistano categorie di uomini differenti (= inferiori) da altri in maniera anomala, il che si traduce nell'introduzione di differenze nella differenza. Ai diversi si rimprovera non il fatto di essere diversi, ma di esserlo in modo anomalo, dunque cattivo o brutto secondo la morale, l'etica, la civiltà del gruppo di appartenenza dell'uomo superiore. Non si stigmatizza lo zingaro per essere zingaro, ma perché egli vive come uno zingaro, dunque come si ritiene che vivano tutti gli zingari, prediligendo il nomadismo, l'accattonaggio, la nullafacenza, la ruberia»; dall'altro, «si ritiene che gli uomini anormalmente diversi siano anche pericolosi e inutili per il proprio gruppo di appartenenza. A coloro che si considerano anormalmente diversi spetta, per natura, il rifiuto sociale in modo incondizionato in quanto inassimilabili (nazionalismo

²⁰⁸ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002, 56.

²⁰⁹ E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, 33; v. anche L. PICOTTI, *op. cit.*, 121; L. GOISIS, *op. cit.*, 269.

²¹⁰ Trib. Verona, 24 Febbraio 2005, n. 2203, cit.

razzializzato) o inadatti (utilitarismo capitalista, immaginario eugenista)». Da ultimo, si evidenzia che con l'intervento della legge 13 Ottobre 1975, n. 654 «la criminalizzazione del razzismo è stata estesa sino a comprendere ogni forma di credenza esclusivista in nome della tutela del differenzialismo relativista», pur con l'avvertimento che nessuna confusione concettuale deve essere fatta tra le nozioni di razzismo, nazionalismo, etnismo, etnocentrismo e così via.

Infine, con riguardo alla nozione di odio si è avuto modo di sottolineare all'inizio del presente lavoro che questo è un termine che, se considerato isolatamente, rischia di trascinare in una vera e propria “palude concettuale”²¹¹. L'odio correttamente inteso ai fini applicativi dell'art. 604-*bis* non è, dunque, qualunque manifestazione di astio, insofferenza o antipatia, bensì di un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori²¹²; in numerose sentenze relative alla nozione di odio di cui all'art. 604-*ter* si afferma che esso è configurabile «non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza»²¹³. Rimane, invece, isolata la qualificazione dell'odio razziale o etnico come esternazione di un desiderio di morte o danno grave nei riguardi della persona odiata²¹⁴.

Venendo alla ricostruzione delle condotte penalmente rilevanti, si deve dare conto del fatto che con legge 85 del 2006 sia stato modificato il contenuto della legge Reale – Mancino sostituendo il termine “diffusione” con quello di “propaganda” e “incitamento” con “istigazione”. Nonostante la giurisprudenza affermi la continuità tra la nuova formulazione e quella antecedente alla modifica, la dottrina sottolinea come questo mutamento porti chiaramente a qualificare la punibilità delle condotte a titolo di reati di

²¹¹ V. cap. 1, par. 1.2.1.

²¹² Corte Cass., Sez. V, 20 Maggio 2019, n. 34815; Corte Cass., Sez. V, 22 Luglio 2019, n. 32862.

²¹³ Corte Cass., Sez. I, 3 Giugno 2021, n. 34622; Corte Cass., Sez. V, 7 Giugno 2019, n. 40014; Corte Cass., Sez. V, 2 Novembre 2017, n. 7859.

²¹⁴ Si riscontra in Corte Cass., Sez. III, 13 Dicembre 2007, n. 13234, cit., poi ripresa solo in Corte Cass., Sez. III, 14 Settembre 2015, n. 36906, cit. V. *supra* nota 146.

pericolo concreto²¹⁵, nonché a restringere l'area del penalmente rilevante²¹⁶. Secondo la Corte Costituzionale la propaganda, è un'azione più specifica della divulgazione di idee da portare a conoscenza di altri, volta ad influire sulla psicologia e sull'altrui comportamento e, pertanto, implica che la diffusione sia idonea a raccogliere consensi intorno all'idea espressa come propria e divulgata²¹⁷. La giurisprudenza di legittimità qualifica la propaganda come divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni²¹⁸. Presupposto della propaganda è dunque il raggiungimento di un numero indeterminato di persone²¹⁹.

Con riguardo alla condotta di istigazione, essa viene definita come «attività diretta a convincere terzi a porre in essere la condotta violenta o discriminatoria»²²⁰, come «atteggiamento della volontà diretto a determinare o quanto meno a influenzare il processo di formazione della volontà di altro soggetto»²²¹, come «eccitamento, implicando un'azione sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere determinati atti, facendo sorgere o rafforzando motivi di impulso ovvero distruggendo o affievolendo motivi inibitori»²²². In questo caso non è richiesta la pubblicità del fatto, posto che l'istigazione può rivolgersi anche nei riguardi di un solo destinatario²²³. Il riferimento agli atti di provocazione alla violenza rappresenta una mera ripetizione dell'istigazione posto

²¹⁵ L. GOISIS, *op. cit.*, 215; L. D'AMICO, *Le forme dell'odio*, cit., 11.

²¹⁶ R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale*, cit., 28, dove la tesi è limitata alla sola propaganda, evidenziando che, rispetto alla diffusione, questa richiede non solo il raggiungimento di un numero indeterminato di persone, ma anche una finalizzazione ad influenzare il comportamento e la psicologia collettiva. *Contra* Corte Cass., Sez. I, 16 Febbraio 2016, n. 34713, secondo la quale la differenza semantica tra “incitamento” e “istigazione” sarebbe inesistente, mentre, nel sostituire “diffusione” con “propaganda”, la condotta si differenzia soltanto per specificazione da quella costituita dalla generica diffusione, nella quale doveva già ritenersi compresa, trattandosi di diffusione caratterizzata, fin dall'originaria formulazione della norma, dalla finalità di incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico. Lungo la stessa linea interpretativa L. PICOTTI, *op. cit.*, 139.

²¹⁷ Corte Cost., 22 Giugno 1966, n. 87.

²¹⁸ Corte Cass., Sez. I, 13 Dicembre 2019, n. 1602; Corte Cass., Sez. III, 4 Giugno 2019, n. 31314; Corte Cass., Sez. V, 7 Maggio 2019, n. 32862; Corte Cass., Sez. I, 17 Marzo 2021, n. 10335, cit.

²¹⁹ R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *op. cit.*, 28.

²²⁰ Corte Cost., 22 Giugno 1966, n. 87, cit.

²²¹ B. OLIVERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in Enciclopedia del diritto, 1958, 4.

²²² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Milano, 2008, 238; R. DOLCE, *Istigazione a delinquere*, in Enciclopedia del diritto, 1972, 995; E. MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali*, cit., 498.

²²³ R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *op. cit.*, 29.

che «entrambe si riferiscono a condotte tese a indurre terzi alla commissione di atti violenti»²²⁴.

Trattandosi di reati di mera condotta, in entrambe le ipotesi l'integrazione dell'illecito prescinde dalla produzione di qualsiasi evento materiale o effetto estraneo alla fattispecie. Non è neppure necessario che il gruppo contro il quale la condotta è indirizzata abbia in concreto percepito il contenuto della propaganda o che si sia sentito soggettivamente offeso nella loro dignità di persone²²⁵. Il requisito della materialità e dell'offensività viene comunque valorizzato dal fatto che la condotta deve essere idonea ad influire sul pensiero altrui, dovendo tenere conto, a questo scopo, delle concrete modalità di messa in atto dell'azione, del tempo, del luogo, dei mezzi usati, della qualità delle persone autrici e destinatarie della stessa.

Anche il riferimento ai “motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi” ha suscitato dibattiti nel confronto tra la giurisprudenza e la dottrina: mentre la prima ritiene che esso, presente solo con riguardo alla condotta di istigazione, comporti la qualificazione dell'elemento soggettivo come dolo specifico²²⁶, la seconda evidenzia che «le locuzioni letterali utilizzate hanno grammaticalmente un significato causale e non finalistico» orientato a descrivere gli atti che devono essere oggetto di istigazione²²⁷.

Con riguardo al momento consumativo, le condotte saranno integrate nel momento in cui il pensiero è percepito o diviene percepibile da parte di terzi. Si tratta di un'importante specificazione per le condotte poste in essere tramite il *web*, in linea con l'art. 3 par. 1 del Protocollo addizionale già menzionato dove si afferma che la comunicazione o diffusione avviene già quando si ha la “messa a disposizione” ad una cerchia più o meno ampia di soggetti dei contenuti che ne sono oggetto.

Problemi specifici pone l'art. 604-*bis* comma 3, il cui esame può essere condotto attraverso un vaglio preliminare delle disposizioni sovranazionali rilevanti in materia. I riferimenti sono duplici: la Decisione Quadro 2008/913/GAI, già citata, e il Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica. Nella prima si

²²⁴ F. BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019, 408; L. GOISIS, *op. cit.*, 284.

²²⁵ Per queste due ultime specificazioni v. L. PICOTTI, *op. cit.*, 138 ss.; in giurisprudenza Corte Cass., Sez. III, 7 Maggio 2008, n. 37581.

²²⁶ Corte Cass., Sez. I, 22 Maggio 2015, n. 42727; Corte Cass., Sez. III, 7 Maggio 2008, n. 37581, cit.; Corte Cass., Sez. III, 10 Gennaio 2002, n. 7421.

²²⁷ L. PICOTTI, *op. cit.*, 144.

impone agli Stati di rendere penalmente rilevanti “l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana” dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale e dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare internazionale, laddove questi comportamenti siano atti a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro di tale gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica. La Decisione prevede, inoltre, che gli Stati *possano* limitare la punibilità di queste condotte ai soli casi in cui i crimini siano stati accertati da un giudice nazionale o da un tribunale internazionale. Il Protocollo si pone, in parte, su un piano differente: sebbene le condotte descritte siano identiche a quelle della Decisione Quadro (si parla di negazione, minimizzazione grossolana e di giustificazione), non vengono menzionati i crimini di guerra e si *impone* agli Stati di prevedere che la condotta sia perseguita solo se il crimine sia stato accertato da un tribunale internazionale. C’è, invece, la facoltà di subordinare il riconoscimento del reato all’accertamento dell’intenzione di incitare all’odio, alla discriminazione o alla violenza.

Per quanto attiene l’ordinamento interno, prendendo le mosse dalle condotte tipizzate, si ritiene che vi sia piena conformità al dettato sovranazionale, sebbene esse siano previste come specifica modalità di messa in atto della propaganda, dell’istigazione e dell’incitamento. Tuttavia, se l’ipotesi della negazione non pone problemi interpretativi, l’apologia, a fronte di significative incertezze iniziali, viene oggi comunemente definita come qualsiasi manifestazione che, per le sue modalità, integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti²²⁸. Significative incertezze pone la “minimizzazione in modo grave” (o minimizzazione grossolana di cui alle disposizioni sovranazionali): mentre il concetto di minimizzazione è immediatamente chiaro (minimizza chi riconosce che i fatti storici siano avvenuti, ma riducendone la portata o il peso), non è possibile ricostruire a priori che cosa si intenda per “in modo grave”, lasciando così ampi margini di discrezionalità interpretativa.

Con riguardo al tipo di crimini oggetto delle condotte, la loro enucleazione è in linea con gli indirizzi della Decisione Quadro, mentre manca il riferimento

²²⁸ Corte Cost., 4 Maggio 1970, n. 65; Corte Cass., Sez. I, 17 Novembre 1997, n. 11578; Corte Cass., Sez. I, 16 Ottobre 1973, n. 4056; in dottrina v. *e multis* E. MEZZETTI, *op. cit.*, 504; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, Torino, 2010, 235.

all'accertamento da parte di un giudice nazionale o di un tribunale internazionale. Se è vero che la Decisione Quadro contempla tale specificazione come una facoltà degli Stati, lo stesso non si può dire per il Protocollo Addizionale alla Convenzione sulla criminalità organizzata. Ricordando che questo, al momento, è stato solo firmato dall'Italia, l'ultimo disegno di legge volto alla sua ratificazione, risalente al 30 Settembre 2019, non menziona in alcun modo la possibilità di adeguare il comma 3 dell'art. 604-*bis* c.p. Fintanto che il legislatore non interverrà sul punto, oltre ai già visti problemi di compatibilità con l'art. 33 Cost., il *deficit* di determinatezza della disposizione è molto forte²²⁹. Problemi che sono viepiù aggravati dall'ampiezza delle definizioni dei crimini che figurano nei corpi normativi cui si rimanda: ad esempio i crimini di guerra si differenziano in sei sottogruppi tra cui figurano, *e. g.*, le "altre gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini applicabili in un conflitto armato internazionale" o ancora "dirigere deliberatamente attacchi contro popolazioni civili in quanto tali o contro civili che non prendano direttamente parte alle ostilità"; sempre con riguardo ai crimini di guerra, è necessario che questi siano commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala. La dottrina che si è occupata del problema ritiene che «l'unico modo per provare a non arrendersi alla disapplicazione è tenere comunque conto degli accertamenti in punto oggettivo e soggettivo compiuti dai giudici internazionali. Tuttavia [...], la soluzione non è priva di contro-indicazioni sia perché vi sono dissensi tra storici e giudici internazionali circa la qualificazione da attribuire a determinati fatti, sia perché il numero di eventi storici il cui diniego giustificerebbe l'applicazione dell'aggravante sarebbe molto ristretto»²³⁰. Un intervento del legislatore volto a ridisegnare la fattispecie nel pieno rispetto dell'art. 25 comma 2 e, in particolare, del principio di determinatezza sarebbe, anche per queste ragioni, fondamentale²³¹.

Ultimo aspetto problematico riguarda il modo in cui deve essere inteso il rinvio agli articoli dello Statuto della Corte. La dottrina ha individuato due possibili soluzioni, nessuna delle quali priva di contro-indicazioni²³²: secondo una prima interpretazione il

²²⁹ L. GOISIS, *op. cit.*, 317; G. PUGLISI, *A margine*, cit., 3 ss.

²³⁰ G. PUGLISI, *op. ult. cit.*, 33.

²³¹ I rischi di difetto di determinatezza sono stati enfatizzati dallo stesso legislatore durante le prime fasi di discussione parlamentare della fattispecie, in particolare dal senatore Buemi, secondo il quale «quella che si intende sanzionare è una fattispecie caratterizzata da scarsa tassatività, essendo difficile dire cosa si possa intendere per negazione o minimizzazione», in Fascicolo Iter DDL S. 54, 50.

²³² G. DELLA MORTE, *op. cit.*

rimando dovrebbe essere inteso come richiamo alla sola questione definitoria. A questa soluzione si oppone un argomento di ordine logico-testuale, uno di ordine deduttivo e uno teleologico: in base al primo, considerando che il disegno di legge approvato l'8 Giugno 2016 menziona la legge di ratifica dello Statuto, con cui è data piena ed intera esecuzione al medesimo a decorrere dal giorno della sua entrata in vigore, ciò porterebbe a ritenere inclusi nella nozione di crimine di cui al comma 3 dell'art. 604-*bis* soltanto quelli commessi successivamente al 1° luglio 2002. In base al secondo, sostenere il contrario rispetto a quanto appena affermato comporterebbe poter perseguire chiunque neghi qualunque crimine compiuto in ogni tempo, con evidenti problemi applicativi soprattutto per la categoria dei crimini di guerra risalente alla seconda metà del 1800. Infine, se non ci fosse alcuna distinzione fondata sul momento di commissione del crimine, non si spiegherebbe la separata indicazione della Shoah che rappresenta l'esempio massimo di genocidio e di crimini contro l'umanità. Questo insieme di rilievi critici dovrebbe indurre a propendere per una seconda interpretazione, in base alla quale da una parte ci sarebbe la Shoah e dall'altra tutti gli ulteriori crimini rilevanti in quanto commessi dopo il 1° luglio 2002. Anche se venisse condivisa tale ricostruzione, essa si esporrebbe comunque ad ulteriori critiche, in ragione del fatto che non incorrerebbe in alcuna sanzione chi negasse, ad esempio, il massacro di Srebrenica o lo sterminio degli armeni, entrambi riconosciuti quali crimini di genocidio rispettivamente dal Tribunale delle Nazioni Unite per l'ex Jugoslavia e dalla Camera dei deputati (nonché dal Parlamento tedesco) con risoluzione del 16 Novembre 2000²³³.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, fatta salva quest'ultima (significativa) eccezione, si ritiene, sulla scorta della dottrina già citata, che le disposizioni di cui all'art. 604-*bis* c.p. siano conformi all'art. 25 comma 2 Cost., essendo i termini in esso contenuti suscettibili di un'interpretazione chiara ed univoca. Non si pongono neppure dubbi di

²³³ Al di là delle specifiche questioni inerenti l'esatto significato da attribuire al rimando agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto, sulle ragioni dell'isolamento della Shoah si è interrogata anche altra parte della dottrina la quale non manca di evidenziare che «si tratta di prendere atto che l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici usciti dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo, impedendo che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come ossessione del male assoluto». Così A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, XXVII. V. anche E. FRONZA *Profili penalistici del negazionismo*, in *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1999, 1064, secondo la quale l'Olocausto «perturba in profondità le strutture sociali odierne».

compatibilità con il principio di offensività proprio del diritto penale, dal momento che le condotte penalmente rilevanti sono state chiaramente (ri-)formulate e circoscritte in modo da confermare la qualificazione della fattispecie in termini di reati di pericolo concreto, portando alla conclusione che nell'operazione di bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero il dettato costituzionale sia rispettato.

10. La risposta sanzionatoria

L'ultimo profilo da esaminare concerne l'impianto sanzionatorio predisposto all'art. 604-*bis* c.p. Il primo comma punisce con la reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro le condotte di propaganda, istigazione e commissione di atti di discriminazione (lettera a); con la reclusione da sei mesi a quattro anni l'istigazione e la commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza (lettera b). Il secondo comma sanziona la partecipazione o l'assistenza alle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni; coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni. Come già detto, il terzo comma prevede un aggravamento della pena da due a sei anni.

Tale quadro sanzionatorio, sebbene, in generale, certamente rispettoso del principio di proporzionalità, non è esente da critiche, soprattutto per l'assenza di una maggiore differenziazione sanzionatoria. In particolare è stato evidenziato che è irragionevole punire allo stesso modo l'istigazione alla commissione di atti discriminatori e la commissione di atti discriminatori; identico problema per l'istigazione alla violenza e la commissione di un atto di violenza²³⁴.

Rispetto all'ipotesi di cui al comma secondo, si è criticata la collocazione all'interno dello stesso precetto dei riferimenti ai "movimenti" e ai "gruppi" accanto alle organizzazioni e alle associazioni. Infatti, l'ampliamento della repressione penale anche

²³⁴ L. GOISIS, *op. cit.*, 306; M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 2015, 20.

ai «movimenti – nei quali è, per definizione, assente una vera e propria organizzazione stabile e duratura e addirittura a qualsiasi formazione o “gruppo” di individui – dove assume rilevanza il mero dato fattuale della contemporanea presenza di più persone, anche se in numero limitato e legate da un rapporto puramente “occasionale” – conduc[e] a snaturare la stessa *ratio* di fondo che è alla base della previsione di fattispecie di carattere associativo, e che si collega essenzialmente all’autonomo disvalore che l’associazione deve presentare rispetto alle attività di compartecipazione in singoli delittiscopo»²³⁵. Seguendo questa linea interpretativa, oltre a rilievi critici in merito al profilo sanzionatorio, ulteriori problemi si porrebbero con riguardo al rispetto del principio di offensività. Di diverso avviso è, però, la giurisprudenza, quantomeno di merito, secondo la quale «la nuova locuzione lungi dall’estendere l’ambito dell’incriminazione, lo conferma appieno, costituendo in realtà un mero adattamento all’evoluzione del linguaggio, un intervento di natura solo semantica. E, in effetti, non si potrebbe mai giungere ad affermare che la nozione normativa di gruppo o movimento possa comprendere anche realtà e fenomeni del tutto occasionali e assolutamente precari e destrutturati: un’interpretazione costituzionalmente corretta deve prevedere, e pretendere, un minimo di struttura stabile [...]. Il legislatore ha voluto chiarire [...] che ogni forma e specie di organizzazione collettiva, comunque denominata secondo le indicazioni della sociologia e del linguaggio più recenti e purché caratterizzata appunto da un minimo di struttura che ne assicuri la stabilità, è vietata quando persegue gli scopi previsti dall’art. 3 (oggi comma 3 art. 604-*bis*, *n.d.r.*)»²³⁶.

Con riguardo all’aggravante del negazionismo, è stato evidenziato che la pena alla reclusione da due a sei anni sarebbe nettamente superiore a quella contemplata dalla Decisione Quadro europea dove si prevede l’applicazione di una pena da uno a tre anni²³⁷.

La dottrina enfatizza, poi, come quello dell’analisi del quadro sanzionatorio è un problema che, oltre a venire in rilievo secondo profili tipici inerenti alla proporzionalità

²³⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Commento al d.l. n. 112/1993*, in E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO, *op. cit.*, 95-96.

²³⁶ Corte App. Venezia, Sez. IV, 31 Marzo 2005, per questa citazione v. E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*, 109-110. Si tratta della sentenza conclusiva di una vicenda giudiziaria molto complessa che riguardava la costituzione di un’associazione denominata “Veneto fronte skinheads” impegnata nella diffusione di pubblicazioni a contenuto razzista, xenofobo e negazionista, nonché attrice di episodi di violenza.

²³⁷ L. GOISIS, *op. cit.*, 336, la quale afferma che, laddove si dovesse propendere per la qualificazione della fattispecie in termini di reato autonomo, sarebbe preferibile introdurre la pena pecuniaria in alternativa a quella detentiva.

della cornice edittale stabilita dal legislatore, assume dimensioni più ampie, coinvolgendo la stessa opportunità di ricorrere alla pena detentiva quale tipica misura propria del diritto penale²³⁸. Riassumendo i termini del dibattito si può affermare che: vi sono Autori che evidenziano la necessità di istituzionalizzare quali pene principali misure che oggi sono applicate solo in via alternativa, come i lavori di pubblica utilità; vi sono altri che, invece, ritengono che l'unica soluzione concretamente efficace e perseguibile sia il ricorso alla giustizia ripartiva e, infine, vi sono altri ancora che propongono strategie integrate di contrasto ai crimini e discorsi d'odio.

Per quanto riguarda il primo filone di pensiero, è stato sostenuto che il ricorso a pene prescrittive assolverebbe ad un duplice scopo: innanzitutto, fungerebbe da strumento attraverso il quale comporre il dibattito in materia di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, sulla base del presupposto secondo cui quella parte di dottrina che dichiara la criminalizzazione dei discorsi d'odio contrastante con l'art. 21 Cost. sarebbe influenzata non tanto dalla rilevanza penale in sé della condotta, quanto piuttosto dalla prevista applicazione della pena detentiva; sostituendo quest'ultima con sanzioni differenti vi sarebbe, quindi, la possibilità di giungere ad una convergenza delle opinioni dottrinali sul punto. Secondariamente, l'applicazione di pene prescrittive sarebbe coerente con il precetto di cui all'art. 27 comma 3 Cost. e, dunque, con una finalità di tipo rieducativo²³⁹.

L'attenzione è, in modo particolare, concentrata sull'art. 1 co. 1-*bis* lettera a) del decreto legge 122/1993 convertito con l. 205/1993 e non abrogato dagli interventi normativi successivi: esso prevede che il giudice possa comminare una sanzione

²³⁸ G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1351.

²³⁹ *Idem*, 1352; nella stessa direzione A. PUGLIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 12. Favorevole ad una valorizzazione di modelli di pena alternativi a quello della detenzione è anche 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*, 50, il quale propone anche la possibilità di servirsi della lettura in udienza di un dispositivo munito di una speciale narrativa da cui traspaia la disapprovazione dell'ordinamento all'indirizzo dell'autore delle espressioni riconducibili ai discorsi d'odio; *contra* A. DI MARTINO, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 209. Chi sostiene questa tesi fa altresì leva sul quadro normativo vigente in altri Paesi, *in primis* quello francese: in esso ampio risalto è dato al c.d. *stage de citoyenneté*, introdotto dalla *Loi n. 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* all'art. 131-1 *c.p.* e attualmente disciplinato all'art. 131-5-1 co. 4 n. 1, in forza di una modifica operata con legge n. 222/2019. Si tratta di una misura che può essere irrogata contemporaneamente o in sostituzione della pena detentiva per un arco temporale che non può eccedere un mese, volta all'apprendimento dei valori della Repubblica e dei doveri del cittadino. Sempre nel contesto francese si prevede la possibilità di condannare il reo allo svolgimento di lavori di pubblica utilità per un minimo di venti ore fino ad un massimo di centoventi.

consistente nell'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità secondo le modalità previste con decreto del Ministro di grazia e giustizia (oggi Ministro della giustizia), decreto mai predisposto. Dal contenuto più chiaro è il comma 1-*quinqies* secondo qui: "Possono costituire oggetto dell'attività non retribuita a favore della collettività: la prestazione di attività lavorativa per opere di bonifica e restauro degli edifici danneggiati, con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui al comma 3 dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654; lo svolgimento di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, quali quelle operanti nei confronti delle persone handicappate, dei tossicodipendenti, degli anziani o degli extracomunitari; la prestazione di lavoro per finalità di protezione civile, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, e per altre finalità pubbliche individuate con il decreto di cui al comma 1-*ter*".

La ragione di questo richiamo risiede nel fatto che, essendo i discorsi d'odio sorretti da motivi di pregiudizio nei confronti di un certo gruppo sociale, l'autore del reato sarebbe posto nelle condizioni di entrare in contatto, con la dovuta e capillare supervisione, con la realtà socio-culturale avversata, così da cogliere, potenzialmente, la gravità della condotta posta in essere e delle conseguenze che da essa possono discendere, in piena attuazione di quella finalità rieducativa della pena affermata in Costituzione, ovvero di «opportunità per un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali»²⁴⁰. In più si evidenzia come una riforma delle risposte punitive nel senso ora prospettato avrebbe una valenza generale nel secolare dibattito sulla giustificazione e sul ruolo dell'irrogazione della pena, ovvero far cogliere come le misure privative della libertà personale dovrebbero cessare di ricoprire un ruolo centrale, se non esclusivo, in materia penale perfino laddove la loro applicazione risulti totalmente priva di effettività e reale capacità deterrente (anche in ragione dell'operare di meccanismi di tipo processuale e sostanziale, quale l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.)²⁴¹. Con parole più chiare: «Non è affatto escluso che proprio le pene alternative siano capaci di realizzare e coniugare i risultati apparentemente inconciliabili di far avanzare il processo di civilizzazione senza peraltro indebolire

²⁴⁰ E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, 18.

²⁴¹ M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017, Torino, 19.

l'efficacia preventiva del sistema in termini di deterrenza. Si può infatti supporre che, paradossalmente, la tanto lamentata ineffettività della pena sia in grande parte dovuta proprio alla sua natura carceraria e all'eccesso della sua utilizzazione»²⁴². Del resto, non può tacersi il fatto che è lo stesso ordinamento europeo a sollecitare interventi normativi che pongano i lavori socialmente utili tra le possibili sanzioni penali da applicare nel caso in cui sia riconosciuta la responsabilità per la violazione di una norma in materia di discorsi d'odio²⁴³.

Venendo ora al secondo filone, come detto, una parte della dottrina ritiene che lo strumento più efficace nel momento in cui si discute di discorsi d'odio sia quello della giustizia riparativa. Posto che, tuttavia, questa posizione è stata fortemente criticata, si tratta di ricostruire, innanzitutto, cosa debba intendersi con questo termine e come essa operi. Il presupposto di questa teoria, nata con il cosiddetto esperimento di Kitchener²⁴⁴, consiste nell'affermare che il reato non dovrebbe più essere inteso come «un illecito commesso contro la società, o un comportamento che incrina l'ordine costituito e che richiede una pena da espiare»²⁴⁵, bensì come condotta dannosa *in primis* nei confronti delle vittime. I programmi di giustizia riparativa, quindi, si pongono due obiettivi: concentrare l'attenzione sui «protagonisti» del reato, ovvero autore dell'illecito e persona offesa²⁴⁶ e rinvenire, con l'aiuto di terzi, delle soluzioni che consentano un agire responsabile per il futuro, nella consapevolezza che i danni di diversa natura provocati dal gesto di ingiustizia tendenzialmente non possono essere eliminati.

Di giustizia riparativa si è occupato anche l'ordinamento europeo: nella Direttiva 29/2012/UE essa viene definita come «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». Altra definizione in una prospettiva operativo-funzionale è fornita nella Raccomandazione R

²⁴² F. PALAZZO, *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, 546. Nella stessa direzione D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2019, 371.

²⁴³ V. cap. 2, par. 2.1.

²⁴⁴ Si è trattato di una vicenda risalente all'inizio degli anni '70 in cui due giovani dell'Ontario, condannati per il danneggiamento di un numero significativo di abitazioni, vennero impegnati in una serie di incontri con le famiglie vittime della condotta e in attività lavorative volte alla riparazione del danno. V. G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2010, 55.

²⁴⁵ AA. VV., *La giustizia riparativa. Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*, 2016, 1, consultabile al sito www.giustizia.it.

²⁴⁶ M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, 2015, 66.

(2010)¹ del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole del Consiglio d'Europa in materia di *probation*: “La giustizia riparativa comprende approcci e programmi basati su diversi postulati: a. la risposta portata al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima; b. occorre portare gli autori di reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; gli autori di reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni; c. le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l'autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato; d. la comunità è tenuta a contribuire a tale processo”.

Se questo è il quadro definitorio, è chiaro che affinché i programmi di giustizia riparativa oggi più diffusi, come la mediazione autore-vittima (*Victim-Offender Mediation*), gli incontri tra vittime e autori di reati analoghi a quello subito dalle vittime (*Victim/Community Impact Panel*) o, ancora, gli incontri di mediazione allargata (*Community/Family Group Conferencing*)²⁴⁷, possano realmente servire allo scopo prefissato sono necessarie alcune condizioni, tra cui le più importanti, per quel che concerne l'oggetto del presente approfondimento, il riconoscimento della vittima e la consensualità.

Soprattutto il primo presupposto ha attirato l'attenzione dei più critici verso l'impiego di questo strumento in materia di discorsi d'odio: riparare significa in primo luogo ammettere il godimento da parte della persona offesa di pari dignità lesa con la messa in atto della condotta criminosa. Tuttavia, si è già avuto modo di affermare più volte come la cifra identificativa dei discorsi d'odio sia la convinzione che il gruppo preso di mira sia socialmente ed umanamente inferiore, in taluni casi addirittura privo di umanità. In più deve tenersi a mente che i discorsi d'odio traggono origine da pregiudizi molto radicati nel contesto culturale di riferimento e, quindi, pare improbabile che questi possano essere eliminati con un semplice percorso di mediazione, a maggior ragione per il fatto che vi è bisogno del consenso dell'autore del reato che, nella maggior parte dei casi, non ha consapevolezza del fatto di essere dominato da visioni stereotipate della

²⁴⁷ *Idem*, 68 ss.

realità²⁴⁸. Nella prospettiva della vittima, poi, le maggiori difficoltà sono legate al sentimento di profonda sfiducia e timore nei confronti dell'autore del reato, nonché al rischio di seconda vittimizzazione tramite minacce e ritorsioni di cui ci si dimostra consapevoli anche a livello sovranazionale nel considerando n. 46 della Direttiva 29/2012/UE prima citata. Le difficoltà così segnalate sono state ben descritte specialmente dalla lettura anglosassone che, sebbene a favore dell'applicazione dei rimedi propri della giustizia riparativa, riconosce come i discorsi d'odio vengano a collocarsi in una sorta di area grigia tale da rendere questi meccanismi efficaci solo in casi limitati²⁴⁹. In più è stato evidenziato che tra le variabili che possono determinare il fallimento delle procedure di *restorative justice* si aggiunge anche la scarsa formazione dei facilitatori che potrebbero non avere le conoscenze adatte per fenomeni così peculiari come i discorsi d'odio²⁵⁰. Come critica più generale, da ultimo, si può constatare come questo strumento possa esplicitare al meglio le proprie funzioni solo nel caso in cui il discorso d'odio sia rivolto nei confronti di un soggetto ben determinato (si tratterà quindi di contestare un illecito aggravato dal motivo di pregiudizio) e non quando sia indirizzato indistintamente nei riguardi di tutti coloro che appartengono ad un certo gruppo.

Al netto di queste valutazioni, si ritiene che, anche in questo caso, l'approccio da preferire sia quello di una strategia integrata di contrasto ai discorsi d'odio: sarebbe, quindi, necessario valorizzare le pene alternative alla detenzione come pena principale per i casi di minore gravità; ricorrere alla giustizia riparativa nell'ipotesi in cui l'*hate speech* sia rivolto nei confronti di una persona determinata da parte di un soggetto agente non radicalizzato nelle proprie convinzioni di pregiudizio²⁵¹ e con un'attenta supervisione

²⁴⁸ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 192. Così anche nella letteratura straniera M. WALTERS, C. HOYLE, *Healing Harms and Endending Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime*, in N. CHAKRABORTI, *Hate Crime: Concepts, policy, future directions*, 2014, 228 ss.

²⁴⁹ T. GAVRIELIDES, *Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 2012, 3627 ss. Nelle conclusioni si afferma: «*It has particular appeal with cases at the lower spectrum of hate crime, which could eventually lead to serious and complex hate incidents, while imposing serious consequences and trauma for the victim and the community*»; nella dottrina italiana v. L. BUSCEMA, *Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per conciliare*, 14 Giugno 2022, 12 ss., in www.sistemapenale.it.

²⁵⁰ M. WALTERS, C. HOYLE, *op. cit.*, 240, dove viene riportato il caso di una coppia di sudamericani che, dopo aver avviato una procedura di mediazione con un vicino che rivolgeva loro continuamente gravi insulti razzisti, videro la medesima chiudersi con un accordo che degradava il caso a mera lite di vicinato.

²⁵¹ C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 96. Tuttavia, non manca chi evidenzia che il perseguimento di intenti pedagogici sarebbe totalmente inutile di fronte ad autori di reati come quelli esaminati. Cfr. sul punto L. RISICATO, *Saluto fascista –*

da parte del personale competente che abbia ricevuto adeguata formazione e tenendo conto, come segnalato nella Direttiva 29/2012/UE, “della natura e gravità del fatto, del livello di trauma causato, della violazione ripetuta dell’integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l’età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima”. Laddove queste misure non siano concretamente applicabili, sarebbe opportuno prevedere l’applicazione in prima battuta di pene pecuniarie sufficientemente dissuasive e ricorrere alla pena detentiva solo in via di *extrema ratio*.

Rilevanza penale – Il saluto fascista è reato “non tenue” incompatibile con la provocazione, in Giurisprudenza italiana, 2019, 6.

CAPITOLO QUARTO
I PARADIGMI DI RESPONSABILIZZAZIONE DELL'INTERNET
SERVICE PROVIDER

1. L'attuale quadro legislativo

Fino a questo momento ci si è occupati dei profili di responsabilità configurabili in capo alle persone fisiche e dei possibili conflitti con il dettato costituzionale, concludendo per un necessario bilanciamento tra il principio di eguaglianza e la libertà di manifestazione del pensiero.

La relazione intercorrente tra gli articoli 3 comma 2 e 21 Cost. deve essere, tuttavia, colta da un'ulteriore prospettiva: posto che, infatti, l'*hate speech* sempre più spesso viene diffuso attraverso gli strumenti della rete, è necessario chiedersi se sia la previsione di sanzioni a carico dei gestori delle piattaforme *web* per non aver rimosso contenuti in esse pubblicati a spalancare le porte ad un'eccessiva e pervasiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero, stante il carattere privatistico delle decisioni assunte. È, infatti, chiaro che, a seconda del paradigma di responsabilizzazione prescelto e della gravità delle sanzioni irrogate, gli *Internet Service Provider* saranno più o meno inclini ad attivare estesi meccanismi di controllo e cancellazione/oscuramento dei contenuti pubblicati, fino a sfociare in vere e proprie «sortite di fervore puritano»¹. Trattasi evidentemente di un tema che, pur avendo da sempre riscosso l'attenzione degli studiosi, è tornato al centro del dibattito dopo l'applicazione della misura di sospensione permanente da parte di *Twitter* dell'*account* dell'ex presidente degli Stati Uniti, Donald

¹ C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Consulta Online*, 17 Marzo 2020, 1; v. anche C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2022, 195, secondo il quale «mentre nel secolo scorso il modello di comunicazione sociale si basava sulla relazione fra poteri pubblici da un lato e editori e giornalisti dall'altro, l'attuale modello si basa su una relazione almeno triadica fra gli Stati (e organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea), le società titolari delle piattaforme informatiche e i loro utenti: i problemi della libertà di espressione dell'epoca contemporanea dipendono da lotte di potere fra questi gruppi di soggetti».

Trump, a seguito della pubblicazione di alcuni *tweet* qualificati di incitamento alla violenza durante i fatti del c.d. assalto a Capitol Hill².

Limitando l'analisi alle norme che attengono più direttamente al tema dell'*hate speech*, in materia di responsabilità dell'*ISP* al centro del quadro normativo interno vi è il d.lgs. 70/2003, attuativo della Direttiva 2000/31 CE sul commercio elettronico (c.d. Direttiva *e-commerce*) e, in particolare, gli articoli 14, 15, 16 e 17³.

Premettendo che, nella relazione illustrativa del decreto, il *provider* viene definito come “soggetto che esercita un'attività imprenditoriale di prestatore di servizi della società dell'informazione offrendo servizi di connessione, trasmissione ed immagazzinamento dei dati, ovvero ospitando un sito sulle proprie apparecchiature”, le prime tre disposizioni, prima citate, distinguono i profili di responsabilità del *provider* a seconda dell'attività da questo svolta, senza tuttavia specificare, ad eccezione dell'art. 17, in che tipo di responsabilità esso incorra (civile, penale o amministrativa).

L'art. 14 prevede che, nel caso in cui venga fornito un servizio di *mere conduit*, ovvero di mera trasmissione di informazioni o di accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse purché non abbia assunto un ruolo attivo nella trasmissione stessa, non selezioni il destinatario della trasmissione o le informazioni e non modifichi queste ultime. In merito alla modificazione delle informazioni, il Considerando 43 della citata Direttiva specifica che non sono ricomprese le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione poiché inidonee ad alterare l'integrità dell'informazione.

Nel caso in cui sia compiuta un'attività di *caching* (art. 15), consistente nella memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni con lo scopo di rendere più efficace l'inoltro delle medesime ad altri destinatari, il *provider* risponde nel caso in cui abbia modificato le informazioni o non agisca prontamente per rimuovere quelle memorizzate o per disabilitarne l'accesso, nel momento in cui venga

² TWITTER INC., *Permanent suspension of @realDonaldTrump*, 8 Gennaio 2021, consultabile al sito www.blog.twitter.com, dove è riportata una lunga ed argomentata motivazione sulle ragioni della decisione, stante il peso del personaggio colpito.

³ Per la ricostruzione delle disposizioni normative si è fatto riferimento a M. TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider nel diritto italiano tra Direttiva 2000/31/CE, Regolamento UE 2016/679 E Direttiva UE 2019/790*, in *Jus civile*, 2020, 70 ss.; D. MINOTTI, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, in *InterLex*, 5 Maggio 2003, secondo cui «con una tecnica di redazione legislativa di bassissimo livello, il nostro legislatore si è limitato ad un vero e proprio “copia & incolla” del (necessariamente generico) testo italiano della direttiva, senza il benché minimo intervento di adattamento ai nostri principi giuridici».

effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure del fatto che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione.

Laddove sia fornito un servizio di *hosting* (art. 16), ovvero di memorizzazione duratura di dati, il prestatore andrà esente da responsabilità a condizione che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione sia illecita e non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. L'inciso "su comunicazione delle autorità competenti" costituisce l'unica differenza sostanziale rispetto al corrispondente articolo 14 della Direttiva europea, dove si dice semplicemente "non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso". Sul significato di questo inciso, come si vedrà, si sono sviluppati intensi dibattiti in dottrina⁴.

L'art. 17, infine, chiarisce che il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. In ogni caso esso è tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite e a fornire, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente.

Il Considerando 42 della Direttiva 2000/31 specifica che le deroghe alla responsabilità riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivazione e fornitura dell'accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente

⁴ V. *infra*, par. 2.1.

memorizzate le informazioni messe a disposizione da un terzo al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non debba conoscere né controllare le informazioni trasmesse o memorizzate.

Da questo complesso di disposizioni hanno tratto origine gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, di cui si dirà nei paragrafi successivi, relativi al paradigma di responsabilità da adottare in riferimento ai *provider*.

2. I paradigmi di responsabilizzazione nel formante dottrinale

La dottrina ha individuato tre diversi paradigmi di responsabilizzazione penale che propongono altrettanti differenti bilanciamenti dei diritti fondamentali in conflitto⁵: in base al primo modello, l'*ISP* viene collocato sullo stesso piano degli utenti e, dunque, concepito come un comune cittadino sul quale, non gravando oneri di controllo, obblighi di denuncia o di collaborazione con l'autorità, non potrebbe nemmeno essere attribuito un compito di rimozione dei contenuti illeciti. Gli unici casi in cui, di conseguenza, potrebbe essergli contestata una responsabilità penale sarebbero quelli di autoria o di concorso doloso nell'altrui condotta criminosa. Trattandosi di ipotesi dai confini estremamente ristretti e di difficile applicazione in un caso concreto, si verrebbe a realizzare una tutela massima della libertà di espressione.

Il secondo paradigma, all'estremo opposto rispetto al primo, vede l'*ISP* assumere il ruolo di censore in quanto tenuto all'adempimento di obblighi di controllo preventivi: in questo modo, prima che un dato contenuto possa essere pubblicato nel cyberspazio, il *provider* dovrebbe procedere con un accertamento della sua natura, fungendo, così, da filtro rispetto a quello che può accedere o non accedere alla dimensione del *web*. Il

⁵ Per la ricostruzione di queste teorie v. A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, 15; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 750 ss.

conseguente modello di responsabilità da adottare, oltre a quello dell'autoria e del concorso doloso, sarebbe quello del reato omissivo improprio per non aver impedito l'altrui commissione di un reato. È evidente che, tramite l'accoglimento di questo schema, la compressione della libertà di espressione (e, nell'opposta prospettiva, l'espansione della tutela dei terzi) risulta massima: è chiaro, infatti, che, di fronte al rischio di essere chiamati a rispondere secondo questa formula, non solo il *provider* effettuerà un controllo pregnante di tutto ciò che gli utenti desiderano circoli in rete, ma soprattutto calerà la scure della censura in tutti quei casi in cui sussista anche il pur minimo dubbio sulla liceità del contenuto.

Il terzo ed ultimo modello viene a collocarsi in una posizione mediana tra quelli appena descritti: l'*ISP* non è né posto allo stesso livello degli utenti, né elevato al ruolo di censore, essendo piuttosto chiamato, attraverso una serie di obblighi, ad attivarsi per ridurre le conseguenze di reati già commessi e per agevolare l'individuazione e la punizione dei responsabili. In questo modo, da una parte, il *provider* sarà chiamato a rispondere solo nelle ipotesi di autoria, concorso doloso nell'altrui condotta criminosa o per non aver adempiuto agli obblighi anzidetti, secondo lo schema del reato omissivo proprio, dall'altra si assicura un più adeguato bilanciamento tra diritto di manifestazione del pensiero e tutela dei terzi.

Se questi sono i tre possibili modelli cui attingere, pare che, quantomeno su un piano teorico, si possa affermare che, innanzitutto, sia pacifica la possibilità e, anzi, l'opportunità di chiamare a rispondere penalmente l'*ISP* nelle ipotesi in cui questo sia autore o co-autore dei contenuti o delle attività di diffusione illecita⁶.

Un approfondimento maggiore richiede, in particolare, il riferimento alla coautoria. La dottrina ha evidenziato che, stando al quadro normativo prima riportato, l'unica forma di concorso che possa vedere coinvolto l'*ISP* è quella in cui il ruolo di partecipe sia sorretto quantomeno dal dolo diretto⁷. Questa conclusione è tratta dal fatto che gli articoli

⁶ V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 Marzo 2019, 11; A. INGRASSIA, *op. cit.*, 7; S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia.*, 1997, 96; B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 2; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, 590.

⁷ A. INGRASSIA, *op. cit.*, 18; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 464.

da 14 a 17 del d.lgs. 70/2003 sono costanti nel richiedere un'effettiva conoscenza del contenuto illecito dei dati memorizzati o trasmessi tramite la rete per poter configurare una responsabilità in capo al *provider*. Il requisito dell'effettiva conoscenza, su cui si tornerà successivamente, non sarebbe, di conseguenza, integrato da tutti i servizi che i *provider* solitamente mettono a disposizione degli utenti, come la mera fornitura di accesso ad Internet, ma solo da quelli connotati da un *quid pluris* che rendano tecnicamente e giuridicamente possibile la conoscenza dell'eventuale contenuto illecito dei dati trasmessi dagli utenti⁸.

Quello del dolo quantomeno diretto è, poi, un requisito idoneo a escludere non solo l'elemento psicologico della colpa, ma anche, secondo la dottrina tradizionale, del dolo eventuale, poiché in entrambi i casi mancherebbe la rappresentazione certa della realizzazione del reato⁹. Questa conclusione conserva la propria validità anche alla luce dell'ultimo fondamentale approdo giurisprudenziale in materia di dolo eventuale, ovvero la sentenza a Sezioni Unite relativa al caso Thyssenkrupp, in cui si tratteggiano i caratteri necessari dell'atteggiamento rappresentativo e volitivo del soggetto in vista della possibile verifica dell'evento¹⁰. Una parte della dottrina evidenzia, inoltre, che ammettere la rilevanza del dolo eventuale aprirebbe alla possibilità di determinare un impoverimento della componente rappresentativa facilmente riducibile ad una «prospettazione senza contorni», in ragione del carattere immateriale dei reati telematici¹¹.

⁸ L. D'AMBROSIO, *Responsabilità degli Internet Provider e Corte di Giustizia dell'Unione Europea: quali spunti per il sistema penale italiano?*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *op. cit.*, 71. L'Autore evidenzia altresì come la normativa europea e il D.lgs. 70/2003 di trasposizione della medesima tendano ad individuare nell'accertamento della sussistenza del dolo partecipativo l'unico requisito astrattamente idoneo a selezionare i comportamenti penalmente rilevanti del *provider*, snaturando, per la natura stessa del soggetto attivo, l'importanza del rilievo eziologico del contributo materiale fornito.

⁹ A. INGRASSIA, *op. cit.*, 19 ss., il quale puntualizza che «a sostegno di tale conclusione merita di essere ricordato che nella versione in lingua inglese della Dir. 2000/31 CE la conoscenza richiesta all'*host provider* perché possa essere ritenuto responsabile dei contenuti illeciti memorizzati è l'*actual knowledge*, che nel diritto penale inglese "è la conoscenza che il reo ha degli elementi del fatto ed equivale all'*intention*", stato soggettivo sostanzialmente coincidente nelle "due forme in cui si specifica (*direct intention* e *oblique intention*) con la nostra nozione di dolo intenzionale e di dolo diretto"».

¹⁰ Corte Cass., SS.UU., 24 Aprile 2014, n. 38343, 182, dove si afferma: «occorrerà comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurato la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa».

¹¹ L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, 79; F. RUGGIERO, *op. cit.*, 594.

Il secondo limite alla possibilità per l'ISP di concorrere commissivamente nel reato è strettamente legato alle fattispecie di cui ci si sta occupando nel presente approfondimento: secondo la dottrina, infatti, laddove il fatto tipico di un illecito richieda la messa in atto di condotte come la diffusione o la divulgazione, il *provider* potrà essere qualificato come coautore soltanto nell'ipotesi in cui questo abbia avuto consapevolezza dell'intenzione del terzo di mettere in atto la condotta criminosa e si sia conseguentemente orientato nel senso di agevolare la realizzazione. Sarebbe, quindi, da escludere la contestazione di responsabilità a titolo di concorso commissivo nel reato in tutti i casi in cui il *provider* si limiti a mantenere in rete la disponibilità del contenuto oppure ad ometterne la cancellazione o l'oscuramento, poiché la realizzazione della condotta criminosa ha già avuto luogo¹².

Altra conclusione che si può trarre dall'analisi dei tre paradigmi prima svolta è l'impossibilità di dare accoglimento al secondo modello nelle forme precedentemente descritte. Un obbligo di controllo preventivo dei materiali da caricare *online* non solo è chiaramente escluso dall'art. 17 del d.lgs. 70/2003, ma lo sarebbe già di per sé su un piano pratico in quanto, vista la mole dei contenuti pubblicati *online* e degli utenti che vi accedono, è del tutto inesigibile la messa in atto di un controllo *ex ante*, se non a costo o di dover accettare tempi di caricamento estremamente lunghi o di pretendere l'utilizzo di un numero indeterminabile di addetti all'attività di analisi, con conseguenti costi che si possono facilmente immaginare insostenibili. Mancherebbero, in altre parole, quei poteri e quei mezzi idonei ad evitare che il reato sia commesso, tipici della nozione di posizione di garanzia, come elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹³. Quest'ultima fa emergere altresì il rischio che l'introduzione di generici obblighi di impedimento dell'evento possano confliggere con l'art. 25 Cost., ovvero con il principio di legalità¹⁴.

¹² R. FLOR, *Tutela penale*, cit., 462 e ss.; F. RUGGIERO, *op. cit.*, 593 ss.

¹³ Cfr. G. COCCO, E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale - I, 2 - Il reato*, cit. 98; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 603, secondo il quale «se si assume a riferimento una posizione di garanzia assimilabile a quelle di controllo (vigilare e contenere la potenziale pericolosità di soggetti le cui caratteristiche personali determinano il fondato motivo di condotte pericolose), non solo, da un lato l'utente non ha peculiarità personali che lo rendono di per sé pericoloso, ma, dall'altro, l'ISP, a ben vedere, non ha addirittura alcun legame sostanziale con l'utente. Se invece si assume come punto di riferimento una posizione di garanzia assimilabile a quelle di protezione (necessità di far fronte alla particolare vulnerabilità di determinati beni), non mi pare configurabile un bene giuridico meta individuale corrispondente ad una "rete sana", rispetto al quale l'ISP assume una posizione di protezione da ogni fonte di pericolo»; nella stessa direzione F. RUGGIERO, *op. cit.*, 591.

¹⁴ L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, 81; D. MINOTTI, *op. cit.*

Queste conclusioni paiono confermate dal tenore letterale dagli articoli 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003 in cui è previsto che l'impedimento dell'accesso ai dati da altri immessi e la loro eventuale rimozione possano avere luogo solo a seguito di una richiesta dell'autorità oppure se il contenuto è palesemente illecito.

Si deve, tuttavia evidenziare che una parte della dottrina, seguita, come si vedrà, dalla giurisprudenza, tende a porre in capo al *provider* un obbligo giuridico non di impedimento dell'evento, bensì della protrazione dell'illecito in tutte quelle ipotesi in cui sia venuto a conoscenza della presenza, all'interno della propria piattaforma, di un contenuto illegale. Si configura così una responsabilità omissiva impropria se manca un'azione immediata volta alla segnalazione all'autorità della sua presenza oppure a una sua rimozione o oscuramento¹⁵.

Da ultimo, non mancano dubbi interpretativi anche in merito all'applicabilità del terzo paradigma che, a prima vista, sembrerebbe essere quello più condivisibile. Si è già detto che il presupposto di questa teoria è la sussistenza in capo al *provider* di obblighi di segnalazione e collaborazione con l'autorità, nonché di rimozione o inibizione dell'accesso al materiale illecito memorizzato sui *server* su specifica richiesta di quest'ultima. Una parte della dottrina ha ritenuto che la violazione di questi obblighi comporterebbe la possibilità di contestare all'*ISP* o la realizzazione in forma omissiva del delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p. oppure l'integrazione della fattispecie di omesso adempimento di un provvedimento dell'autorità di cui agli articoli 388 e 650 c.p.¹⁶.

Circa il primo rilievo, al di là del fatto che la configurabilità del delitto di favoreggiamento personale secondo modalità omissive è ampiamente discussa e contrastata in dottrina (ma non dalla giurisprudenza)¹⁷, pare che la sua contestazione sia

¹⁵ R. FLOR, *op. ult. cit.*, 456; R. BARTOLI, *op. cit.*, 608, secondo cui questa lettura sarebbe ardua, ma al tempo stesso interessante poiché verrebbero a profilarsi i contorni propri della posizione di garanzia, ovvero la pericolosità della rete e effettivi poteri giuridici e fattuali di interdizione.

¹⁶ V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 1929 ss.; F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 1733.

¹⁷ V. N. D'ASCOLA, *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali*, cit., 727-728; T. PADOVANI, *Favoreggiamento*, in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XIV, Roma, 1989, 5.

esclusa da un'interpretazione sistematica dell'art. 17 del d.lgs. 70/2003 che si limiterebbe a configurare una responsabilità eminentemente di tipo civilistico¹⁸.

Analoghe perplessità sorgerebbero dall'eventuale contestazione degli articoli 388 e 650: quanto al primo, non basterebbe la mera inottemperanza dell'obbligo stabilito giudizialmente per far sorgere la responsabilità, ma sarebbe altresì necessaria, come emerge chiaramente dal tenore letterale della disposizione, la realizzazione di atti simulati o fraudolenti con finalità di tipo elusivo; quanto al secondo, viene ad essere replicata la stessa linea argomentativa seguita per la fattispecie di favoreggiamento personale¹⁹.

2.1. I dubbi interpretativi inerenti al requisito dell'“effettiva conoscenza”

Questione trasversale alla selezione di un eventuale paradigma di responsabilizzazione penale a carico dell'ISP è la corretta interpretazione da dare al concetto di “effettiva conoscenza” menzionato espressamente agli articoli 15 e 16. La problematicità di tale questione è emersa in ragione dell'introduzione dell'inciso “su comunicazione delle autorità competenti” all'art. 16 del d.lgs. 70/2003, specificazione mancante nel corrispondente art. 14 della Direttiva 2000/31 CE. La dottrina si è conseguentemente chiesta se, perché si possa ritenere presente un'effettiva conoscenza del contenuto illecito da cui discenderebbe un obbligo di rimozione, sia necessaria una comunicazione delle autorità competenti oppure se la stessa possa ritenersi sussistente anche tramite meccanismi differenti.

Le posizioni emerse sono essenzialmente due. Da una parte vi è chi appoggia la prima soluzione per tre ordini di ragioni: per il tenore letterale della disposizione presa in esame; per evitare che l'ISP possa svolgere un ruolo di censore; per scongiurare il rischio

¹⁸ A. INGRASSIA, *op. cit.*, 37-38. Secondo l'Autore «ciò si evincerebbe da una serie di indicazioni di tipo sistematico: in primo luogo, l'art. 17, comma III, prevede che, per l'omessa comunicazione di un illecito penale di cui l'ISP è venuto a conoscenza, questo ne risponda civilisticamente; in secondo luogo, la violazione del citato art. 17 non è richiamata dall'art. 21 del d.lgs. 70/2003 tra le disposizioni cui consegue una sanzione amministrativa; infine, nessuna utilità avrebbe avuto la successiva introduzione (avvenuta con l'art. 19 l. 38/2006) dell'art. 14-ter l. 269/1998, che è norma speciale rispetto all'art. 17 d.lgs. 70/2003, ove quest'ultimo avesse già previsto l'applicazione di sanzioni, penali o amministrative, per l'ISP che ometta di comunicare informazioni relative a reati di cui è a conoscenza».

¹⁹ *Idem*, 35 ss.

che il timore di incorrere in un addebito penale porti gli operatori a riversare ogni comunicazione sospetta sulle Procure della Repubblica, con ricadute negative in termini di c.d. carico giudiziario²⁰. Dall'altra vi è chi afferma che, nel necessario bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e altri diritti costituzionalmente tutelati, subordinare l'obbligo di rimozione ad una comunicazione dell'autorità vorrebbe dire escludere alla radice tale imprescindibile attività di bilanciamento, traducendola in una sorta di orpello retorico, e non considerare la natura del cyberspazio che, per la sua intrinseca dinamicità, è incompatibile con le tradizionali procedure formali delle istituzioni²¹.

Verso quest'ultima direzione sembrano andare, nel contesto europeo, il Codice di condotta, stipulato tra la Commissione europea e i principali *social network* oggi esistenti, e la Raccomandazione (UE) 2018/334 che pongono le procedure di segnalazione da parte degli utenti come fonte dell'obbligo di controllo ed eventuale rimozione del contenuto (c.d. meccanismi di *notice and take down*). Trattasi, tuttavia, di atti che, pur nella loro importanza, non possono essere chiaramente assunti a fondamento di un'eventuale responsabilità penale del *provider*²².

Ad analoga conclusione porta il Considerando 46 della Direttiva 2000/31 dove si afferma che “per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite”. Non solo non vi è alcun riferimento al ruolo delle autorità, ma addirittura si ammette che il *provider* proceda alla rimozione dei contenuti sulla base di una conoscenza personalmente e direttamente acquisita.

²⁰ A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul Caso Google*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 Febbraio 2014; R. CARBONE, *La responsabilità dell'amministratore del blog in concorso con l'autore della pubblicazione di commenti diffamatori*, in *Cassazione penale*, 2017, 2788; R. BARTOLI, *op. cit.*, 608, il quale parla di “dilemma del *provider*” consistente nell'alternativa tra ritenere esistente l'illecito e quindi rimuovere, esponendosi così al rischio di pretese risarcitorie dell'utente, oppure ritenere l'illecito inesistente e quindi non rimuovere, esponendosi però al rischio di concorrere nel reato.

²¹ Queste considerazioni sono riportate in B. PANATTONI, *op. cit.*, 256, la quale, tuttavia, di seguito specifica che «la questione rimarrà in ogni caso aperta fintanto che non vi sarà un intervento legislativo chiarificatore».

²² Così C. CARUSO, *I custodi di silicio*, cit., 17 Marzo 2020, 6, dove si afferma: «Il codice di condotta sottoscritto dalla Commissione e da alcune imprese operanti nella comunicazione digitale non pare possa sprigionare effetti al di fuori delle relazioni intercorrenti tra i sottoscrittori, non essendo dotato di efficacia *erga omnes* e comunque risultando privo del regime tipico delle fonti del diritto». Si dovrà argomentare diversamente in caso di approvazione del *Digital Services Act*, di cui si dirà *infra* al paragrafo 2.1.2.

Sebbene, comunque, attualmente manchi a livello europeo una disciplina vincolante in materia di *notification* che potrebbe aiutare a risolvere le predette questioni interpretative, interventi normativi concernenti queste procedure sono stati introdotti in singoli ordinamenti nazionali, non senza, anche in questo caso, rilevanti criticità, a dimostrazione del fatto che quella della effettiva conoscenza rappresenta una questione nevralgica in tale contesto²³.

2.1.1. Il Codice di condotta sull'*hate speech online*

Come anticipato, al momento nel contesto europeo punto di riferimento al fine di tratteggiare i confini della responsabilità dell'*ISP* è rappresentato dal Codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio *online*, concluso dalla Commissione europea con Facebook, Microsoft, Twitter e Youtube il 31 Maggio 2016²⁴.

Nel preambolo viene chiarito che le aziende informatiche (*IT Companies*) condividono l'impegno della Commissione europea e degli Stati membri dell'UE nel combattere tale fenomeno, richiamando, in tal senso, la definizione contenuta nella Decisione quadro 2008/913/GAI²⁵. In particolare, esse dichiarano di supportare la Commissione europea e gli Stati membri dell'Unione nello sforzo di fronteggiare la sfida di assicurare che le piattaforme *online* non offrano opportunità per la diffusione virale dei discorsi d'odio.

²³ Al momento nell'ordinamento italiano le uniche disposizioni in materia di *notice and take down* sono contenute nella legge 29 Maggio 2017, n. 71 relativamente alla prevenzione e al contrasto del cyberbullismo. Stante la non attinenza al tema di cui si sta trattando, si è preferito concentrare l'attenzione solo sui corpi normativi tedesco e francese.

²⁴ Successivamente hanno aderito anche *Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion, Jeuxvideo.com.* e *TikTok*. V. I. GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'online hate speech*, in *Jus*, 2017, 514; P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws*, 2019, 154-155; M. D'AMICO, N. FIANO, *La Costituzione non odia: sui limiti costituzionali al discorso di odio*, in AA.VV., *Il linguaggio dell'odio. Fra memoria e attualità*, Milano, 2021, 139 ss.; S. MARTINELLI, *La responsabilità del provider e la gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme*, in AA.VV., *Tecnologia e diritto. Tomo II*, Milano, 2019, 348 ss.; A. HOFFMANN, A. GASPAROTTI, *Liability for illegal content online. Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a "Digital Services Act"*, Marzo 2020, 23, in www.cep.eu.

²⁵ Più precisamente per incitamento all'odio si deve intendere ogni condotta che inciti pubblicamente alla violenza o all'odio diretti contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito con riferimento alla razza, colore, religione, discendenza, origine nazionale o etnica.

Alla luce di queste premesse, le aziende informatiche vengono chiamate ad adottare una serie di misure elencate all'interno del codice. Più precisamente devono:

consentire agli utenti di effettuare segnalazioni di contenuti pubblicati, venendo preventivamente informati circa i requisiti formali e sostanziali delle medesime affinché siano considerate valide;

predisporre un chiaro ed efficace processo di esame delle segnalazioni in modo da poter rimuovere o disattivare l'accesso a questi contenuti;

alla ricezione delle segnalazioni, assegnare il loro esame a *team* appositi;

assicurare che la presa in carico della segnalazione e, se necessarie, la rimozione o la disattivazione dell'accesso a questi contenuti avvengano in meno di ventiquattro ore. In dottrina è stato evidenziato che questo obbligo farebbe leva sull'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico in cui si stabilisce che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa possano esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca, nonché la possibilità per gli Stati membri di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime²⁶;

elaborare e mettere a disposizione degli utenti delle linee guida con cui chiarire che è vietata la promozione o l'incitamento alla violenza e rendere consapevoli gli utenti di quali tipi di contenuti non sia ammessa la pubblicazione;

mettere a disposizione le informazioni relative alle procedure di esame delle segnalazioni e specialmente a quelle che portano alla rimozione o alla disattivazione dell'accesso al contenuto, in modo da incrementare la rapidità e l'efficienza delle comunicazioni tra le Autorità degli Stati membri e le aziende informatiche stesse;

incoraggiare la messa a disposizione delle segnalazioni dei contenuti che promuovono l'incitamento alla violenza su larga scala a favore di esperti, in particolare tramite *partnership* con le organizzazioni della società civile, fornendo indicazioni chiare sulle singole regole aziendali, linee guida comunitarie e direttive interne sui processi di segnalazione; le aziende devono, altresì, adoperarsi per rafforzare le collaborazioni con tali organizzazioni e ampliarne l'estensione territoriale. Se necessario devono garantire la formazione indispensabile per consentire ai *partner* di svolgere il ruolo di "*trusted reporter*" nel rispetto della loro indipendenza. Di queste attività di collaborazione si deve riferire agli Stati membri e alla Commissione europea;

²⁶ I. GASPARINI, *op. cit.*, 514.

provvedere ad una periodica formazione dei loro dipendenti sugli sviluppi attuali delle piattaforme e sui possibili ulteriori miglioramenti;

incrementare la collaborazione tra loro e altre piattaforme al fine di favorire la condivisione di buone pratiche.

Tra gli oneri condivisi dalle parti dell'accordo figura l'impegno alla individuazione e promozione di idee, iniziative e percorsi educativi che incoraggino il pensiero critico; la sola Commissione europea, in coordinazione con gli Stati membri, si attiva nell'incentivare l'adesione al Codice di Condotta anche di altre piattaforme e aziende.

Se questi sono gli obblighi sanciti all'interno del Codice, deve ora brevemente considerarsi come le singole piattaforme abbiano dato seguito ad essi, focalizzando l'attenzione su quelle maggiormente utilizzate e conosciute, in particolare Facebook (con oltre due miliardi di utenti), Instagram (circa un miliardo), *Twitter* (circa un miliardo e trecentomila utenti) e Youtube (oltre due miliardi).

Per quanto concerne le linee guida elaborate da Facebook²⁷, un'apposita sezione degli *Standard della community* è destinata alla disciplina dei contenuti che incitano all'odio. Il primo problema affrontato è quello relativo alla definizione di discorso d'odio: per discorso d'odio su Facebook si deve intendere ogni messaggio che attacchi direttamente le persone per una loro caratteristica protetta, ovvero razza, etnia, religione, orientamento sessuale, sesso, genere, identità di genere, serie disabilità o malattie.

In secondo luogo, vengono fornite indicazioni su quali siano i parametri utilizzati per permettere l'inquadramento di un contesto nella categoria predetta. Il primo è il contesto di pubblicazione di un contenuto (ad esempio ci sono aree geografiche in cui l'utilizzo di un vocabolo o di un epiteto apparentemente ingiurioso in realtà si presenta come un termine neutro o viceversa); il secondo è l'intento: significativa, in tal senso, è l'indicazione per cui ad essere valutato è anche nei confronti di chi sia utilizzata una certa espressione.

Infine, viene fornita una lista dei contenuti da non pubblicare suddivisa in tre livelli: al livello uno si fa riferimento, ad esempio, ai discorsi di incitazione o sostegno alla violenza in forma scritta o visiva, a paragoni disumanizzanti, generalizzazioni o associazioni comportamentali che comprendano, tra gli altri, persone di colore e scimmie o creature simili alle scimmie, caricature di persone di colore sotto forma di *blackface*,

²⁷ Cfr. www.facebook.com/communitystandards/hate_speech.

ebrei e ratti, musulmani e maiali, donne e persone transgender come oggetti o il riferimento alle donne come proprietà o "cose". Nel livello due rientrano i contenuti che affermano l'inferiorità di persone o gruppi sulla base dei loro tratti e qualità protetti, ad esempio attraverso riferimenti a carenze fisiche, mentali o morali oppure con l'utilizzo di espressioni di disprezzo, rifiuto, disgusto o imprecazioni. Nel livello tre si inseriscono i contenuti che incitano, appoggiano o minacciano la segregazione, l'espulsione, l'esclusione politica, economica e sociale. Del pari non possono essere pubblicati contenuti che forniscono o offrono prodotti o servizi mirati a modificare l'orientamento sessuale o l'identità di genere delle persone.

Le regole elaborate da Facebook vengono applicate anche a Instagram, visto che il primo ha acquistato il secondo nell'Aprile del 2012.

I due *social network* condividono altresì un organo, il Comitato per il controllo (*Oversight Board*), al quale gli utenti possono presentare un ricorso nell'ipotesi in cui si ritenga che le aziende abbiano ingiustamente rimosso un contenuto oppure non abbiano dato seguito alla segnalazione relativa a contenuti di terzi. Questo organo, composto da esperti indipendenti provenienti da percorsi formativi e culture differenti, prende in considerazione solo i casi più delicati e problematici e stabilisce se le decisioni siano state prese in conformità con le normative e i valori stabiliti da Facebook e condivisi da Instagram. Le decisioni assunte hanno carattere vincolante e con esse il Comitato non si limita a confermare o revocare il provvedimento o a verificare la legittimità o illegittimità del non intervento, ma si impegna anche a fornire suggerimenti su come modificare ed implementare gli *Standard della community* prima esposti²⁸.

²⁸ V. www.oversightboard.com. Ad esempio, nel caso riguardante la rimozione di un *meme* satirico in cui il personaggio raffigurato, con il volto sostituito da una bandiera turca, si tiene la mano destra sulla testa per la fatica di dover scegliere se premere un pulsante recante la scritta "Il genocidio armeno è una bugia" oppure quello con scritto "Gli armeni erano terroristi e se lo sono meritato", Facebook dapprima aveva provveduto alla rimozione in base allo *Standard* sui contenuti che esprimono crudeltà e insensibilità e, successivamente, in base a quello sui contenuti che incitano all'odio senza, tuttavia, comunicare questa variazione all'utente. La maggioranza del Comitato ha ritenuto di dover revocare questa decisione rilevando che lo scopo del *meme* fosse quello di sensibilizzare sul tema del genocidio armeno e condannare il governo turco impegnato a negare il massacro e, allo stesso tempo, a giustificare quelle stesse atrocità. Tra le indicazioni propositive si consiglia di includere l'eccezione per la satira, al momento non disponibile, negli *Standard della community* sui contenuti che incitano all'odio e, ancora, di adottare procedure per moderare in maniera corretta i contenuti satirici, tenendo in considerazione il loro contesto. V. Decisione sul caso 2021-005-FB-UA consultabile al sito www.oversightboard.com. In dottrina si è espresso in termini positivi rispetto a questo strumento K. KLONICK, *Does Facebook's Oversight Board Finally Solve the Problem of Online Speech?*, in Centre for International Governance Innovation, 2019, 51 ss.; in termini più critici M. MARONI, *Some reflections on the announced Facebook Oversight Board*, in Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF), 17 Ottobre 2019, in

Molto simili le linee guida di Twitter²⁹: tra le “Norme sulla condotta che incita all’odio” si afferma essere proibito pubblicare contenuti che includano minacce di violenza³⁰, espressioni di augurio, speranza o invocazione di un serio danno a una persona o a un gruppo di persone, riferimenti a genocidi, eventi violenti o specifiche forme di violenza di cui alcuni gruppi protetti sono stati obiettivi principali o vittime, diffusione di paura o di stereotipi su una categoria protetta, istigazione a molestare i membri di una categoria protetta dentro o fuori dalla piattaforma, contenuti umilianti ripetuti e/o non consensuali come insulti, epiteti e metafore razziste e sessiste o simili, pubblicazione di immagini che incitano all’odio, come svastiche.

Tra le misure che possono essere applicate si distinguono quelle che riguardano i contenuti da quelle che riguardano gli *account*: tra le prime vi è la limitazione della visibilità del *tweet*, la richiesta di rimozione oppure l’oscuramento del contenuto in attesa della cancellazione spontanea da parte dell’utente. Tra le misure che hanno ad oggetto i profili quelle di maggiore interesse sono l’attivazione della modalità di sola lettura che impedisce di *twittare*, *retwittare* o mettere “mi piace” a contenuti per un tempo minimo di dodici ore fino ad un massimo di sette giorni, e la sospensione permanente che impedisce la visualizzazione del profilo a livello globale e la creazione da parte del trasgressore di nuovi *account*. La scelta della misura da applicare dipende da diversi fattori quali la gravità della violazione ed eventuali precedenti commessi dal medesimo utente.

In alcuni casi Twitter potrebbe valutare che, nonostante un contenuto violi le regole della piattaforma, questo non debba essere eliminato per ragioni di interesse pubblico. Un contenuto è considerato di interesse pubblico se il medesimo contribuisce direttamente alla comprensione o alla discussione di una questione di interesse generale³¹. Al momento l’unico caso in cui questa eccezione si applica riguarda i *tweet* di rappresentanti

www.cmpf.eu.eu secondo cui il Comitato per il controllo sarebbe uno strumento posto a tutela non dell’utente, bensì di Facebook. L’*Oversight Board* è intervenuto anche sulla vicenda della sospensione a tempo indeterminato dell’*account* di Donald Trump, stabilendo che «non era corretto che Facebook imponesse la sospensione a tempo indeterminato come sanzione non aderente agli Standard e non definita dal punto di vista temporale». A commento della decisione v. A. GEROSA, *La tutela della libertà di manifestazione del pensiero nella rete tra Independent Oversight Board e ruolo dei pubblici poteri. Commenti a margine della decisione n. 2021-001-FB-FBR*, 24 Giugno 2021, 427 ss., in www.forumcostituzionale.it

²⁹ V. www.help.twitter.com.

³⁰ Trattasi queste nello specifico di condotte per le quali è adottata una politica di “tolleranza zero”: gli utenti ritenuti responsabili vedono sospeso l’*account* con effetto immediato e permanente.

³¹ Cfr. www.help.twitter.com/it/rules-and-policies/public-interest.

governativi o eletti dai cittadini oppure candidati a cariche politiche il cui *account* abbia più di 100.000 *followers*. Data la delicatezza e la complessità della materia, è stato predisposto un procedimento *ad hoc* al fine di verificare se sussistano le condizioni per ritenere applicabile questa eccezione: più precisamente, la valutazione è rimessa al *team Trust & Safety* il quale provvede all'elaborazione di una raccomandazione. Quest'ultima viene condivisa con un insieme multidisciplinare di responsabili appartenenti a diversi *team* interni specializzati in vari ambiti, nonché a *team* locali, laddove sia necessario comprendere il contesto culturale in cui il *tweet* è stato pubblicato. Da ultimo i responsabili del *team Trust & Safety* decidono se rimuovere il *tweet* oppure posizionare il medesimo dietro ad un avviso che spieghi il tipo di violazione e che assicuri che il contenuto non venga consigliato in base all'algoritmo di Twitter.

Anche questa piattaforma consente di inviare una contestazione nell'ipotesi in cui si ritenga che non siano state violate le regole del *social network*.

Considerando, infine, le linee guida approvate da YouTube³², si possono segnalare talune peculiarità connesse alla particolare natura del medesimo, destinato prevalentemente alla realizzazione di video più o meno lunghi con conseguenti possibilità di guadagno sul contenuto caricato. Innanzitutto, tra i tratti e qualità protetti, oltre a quelli tradizionali, figura anche la casta, la condizione di vittima di un grave evento violento e di familiare di una vittima, nonché la condizione di veterano. Tra le condotte vietate è indicata altresì la diffusione di teorie complottiste secondo le quali alcuni individui o gruppi sarebbero malvagi, corrotti o dannosi in base all'appartenenza ad una minoranza o gruppo protetto, di contenuti che includono propaganda suprematista volta anche al reclutamento di nuovi membri oppure alla richiesta di sostegno economico per la propria ideologia e, infine, di video musicali che promuovano il suprematismo e incitino all'odio nel testo, nei metadati o nelle immagini.

Successivamente si specifica che, relativamente ai contenuti didattici, non sono ammessi documentari che incitino alla violenza o all'odio, né quelli che affermino l'esistenza al giorno d'oggi di prove scientifiche a sostegno della teoria che un individuo o un gruppo sia inferiore o subumano. YouTube fornisce anche una serie di consigli per fare in modo che ogni contenuto sia adeguatamente contestualizzato, consentendo ai *team* di supervisione di non fare affidamento solo sul titolo o sulla descrizione del video per

³² V. www.support.google.com.

chiarirne lo scopo. Il messaggio che si vuole lanciare è che quanto più è semplice ricostruire l'intento di un contenuto, tanto minore è il rischio di subire ripercussioni, eventualmente anche ingiuste, per la sua pubblicazione.

Per quanto concerne le sanzioni, anche in questo caso esse sono graduate a seconda della natura della violazione: ad esempio, per la prima trasgressione nella maggior parte dei casi viene semplicemente inviato un avviso in cui si indica quale video è stato rimosso e perché; in caso di ulteriore trasgressione è applicato un primo avvertimento che impedisce di compiere una serie di operazioni per un arco temporale pari a una settimana (tra cui anche caricare nuovi video, *live streaming* o c.d. storie). Al terzo avvertimento nell'arco di novanta giorni, il canale dell'utente viene definitivamente rimosso. Per quei contenuti che rappresentano un "caso limite"³³, pur non procedendo con la rimozione, vengono disattivate alcune funzionalità (commenti, video consigliati e mi piace). Anche YouTube mette a disposizione una procedura di ricorso interna.

Prima di considerare se e quale sia l'effettività di tali linee guida nel contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio, occorre evidenziare che non sono mancati in dottrina commenti critici relativi alla disciplina approvata da tali piattaforme³⁴. L'aspetto più discusso è quello della eterogeneità dei tratti e qualità protetti rispetto ai quali un dato contenuto potrebbe essere qualificato come discorso d'odio: se la scelta è certamente dettata dalla volontà di incrementare i livelli di protezione, occorre considerare che non sempre c'è una successiva definizione altrettanto dettagliata mediante l'enucleazione di esempi concreti. Per questa ragione l'approccio ritenuto più rigoroso e attento è quello di Facebook proprio per il fatto che, come detto, si distinguono tre livelli di contenuto e per ciascuno di essi sono fornite delle parole chiave. Al di là di una difficoltà di inquadramento delle diverse categorie, è chiaro che la conseguenza più problematica è data dal rischio di non riuscire a distinguere tra esercizio del diritto di libera

³³ Per caso limite si devono intendere quei contenuti che si inseriscono in una sorta di zona grigia, non essendo possibile stabilire con certezza né che essi violino le regole di *YouTube*, né che siano perfettamente conformi alle medesime. Cfr. www.support.google.com/youtube/answer.

³⁴ F. CASAROSA, *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia*, 8 Luglio 2020. Esprime, invece, un parere tendenzialmente positivo P. FALLETTA, *op. cit.*, 155, nonché R. BORTONE, F. CERQUOZZI, *L'hate speech al tempo di Internet*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2017, 821; F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, 2017, 65, la quale lega il rischio di censure di discorsi leciti alla brevità del termine concesso per la rimozione del contenuto.

manifestazione del pensiero e discorso d'odio, stante l'assenza di un approfondito vaglio giurisdizionale.

Alla luce dell'esame sin qui condotto, ci si deve ora occupare di quanto queste siano effettivamente idonee a garantire l'osservanza dell'accordo stipulato con la Commissione europea. In base al primo rapporto elaborato dalla Commissione stessa al termine del 2016, il 45% delle segnalazioni ha interessato Facebook, il 27% Twitter e il 21% YouTube; il 23,7% di queste ha avuto ad oggetto contenuti antisemiti, il 21% contenuti relativi alle origini etniche e il 20,2% l'odio contro i musulmani. Facebook ha dato seguito alla segnalazione tramite la rimozione del contenuto nel 28,3% dei casi, Twitter nel 19,1%, YouTube nel 48,5%. Nel 40% dei casi alla segnalazione si è dato seguito in meno di ventiquattro ore, nel 43% in quarantotto. Guardando ai dati relativi all'ultima valutazione risalente al 22 Giugno 2020, Facebook ha ricevuto il numero maggiore di segnalazioni (2.348), seguito da Twitter (1.396), YouTube (464) e Instagram (109). In 475 casi è stato richiesto l'intervento delle autorità pubbliche. Nel 90,4% dei casi alla segnalazione si è dato seguito in meno di ventiquattro ore come richiesto dal Codice di condotta, nel 4,9% in quarantotto. Facebook, con un andamento sempre crescente negli anni, ha provveduto a rimuovere l'87,6% dei contenuti segnalati, YouTube il 79,7% (percentuale lievemente inferiore a quella della quarta valutazione in cui ci si attestava all'85,4%), Instagram il 42% e Twitter il 35,9% (in calo rispetto alle valutazioni precedenti). Significativo il fatto che la caratteristica protetta che nel complesso viene maggiormente resa destinataria di discorsi d'odio, secondo questo report, sia l'orientamento sessuale (33,1%)³⁵.

2.1.2. La proposta del *Digital Services Act*

Pubblicato nel mese di Dicembre 2020, il *Digital Services Act (DSA)*, su cui Parlamento e Commissione europea hanno raggiunto l'accordo il 23 Aprile 2022, è stato

³⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Countering illegal hate speech online – 5th evaluation of the Code of Conduct*, Giugno 2020, consultabile al sito www.ec.europa.eu.

definito «un punto di svolta nella disciplina europea del mercato dell'informazione digitale»³⁶, con il quale affiancare alle iniziative di *self-regulation* sin qui considerate una strategia di co-regolamentazione³⁷. Come viene chiarito nella relazione di accompagnamento del regolamento, esso «definisce competenze e responsabilità chiare per i prestatori di servizi intermediari, e in particolare per le piattaforme *online*, come i *social media* e i mercati *online*», con l'obiettivo di migliorare la sicurezza degli utenti in tutta l'Unione e la protezione dei loro diritti fondamentali³⁸. Inoltre, la scelta di optare per un regolamento, in quanto tale direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri, è stata sorretta dall'intento di «garantire un livello coerente di protezione in tutta l'Unione e per impedire divergenze che ostacolano la libera prestazione dei servizi in questione nel mercato interno, oltre che per assicurare una protezione uniforme dei diritti e garantire obblighi uniformi per le imprese e i consumatori in tutto il mercato interno». Ulteriore scopo perseguito è quello di offrire trasparenza e certezza giuridica sia agli operatori economici che ai consumatori³⁹.

³⁶ P. DUNN, *Il contrasto europeo all'hate speech online: quali prospettive future?*, 20 Gennaio 2021, in www.medialaws.eu; v. anche F. RESTA, *I poteri privati e gli arbitri dei diritti*, 1 Dicembre 2020, in www.medialaws.eu, la quale evidenzia che «la scelta della Commissione europea di intervenire, con il *Digital Services Act*, sul nodo degli obblighi e delle responsabilità delle piattaforme è molto più di una (mera) opzione regolatoria. È una scelta politica strategica e, in certa misura, persino identitaria, in quanto contribuisce a delineare, in maniera ancora più netta, l'identità- dal punto di vista non solo giuridico ma, in senso più lato, assiologico- dell'Unione europea. Questa scelta esprime la consapevolezza di come, sul terreno del digitale, si giochi una partita fondamentale per la democrazia e per lo Stato di diritto, che non può essere lasciata al *laissez faire* dei rapporti (di forza) del mercato, alle magnifiche sorti e progressive della tecnica, né alla pretesa autonomia della logica negoziale».

³⁷ P. CESARINI, *The Digital Services Act: a Silver Bullet to Fight Disinformation?*, 8 Febbraio 2021, in www.medialaws.eu.

³⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, 15 Dicembre 2020, 2 ss., in www.eur-lex.europa.eu.

³⁹ Per l'esame degli obiettivi perseguiti in forza della scelta di optare per un regolamento v. *idem*, 7. Successivamente, con riguardo all'impatto sui diritti fondamentali, viene affermato che «la proposta di regolamento attenuerà il rischio che la libertà di espressione venga bloccata per errore o in modo ingiustificato, affronterà gli effetti dissuasivi su tale libertà e promuoverà la libertà di ricevere informazioni e manifesta re opinioni, oltre a rafforzare le possibilità di ricorso a disposizione degli utenti. Determinati gruppi o individui possono essere vulnerabili o svantaggiati nell'uso dei servizi *online* per ragioni di genere, razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale. Possono subire in misura sproporzionata gli effetti di restrizioni o provvedimenti di rimozione derivanti da distorsioni (consapevoli o inconsapevoli) potenzialmente introdotte nei sistemi di notifica da utenti e da terzi e replicati negli strumenti automatizzati di moderazione dei contenuti usati dalle piattaforme. La proposta attenuerà i rischi di discriminazione, in particolare per le persone o i gruppi citati, e contribuirà a proteggere i diritti dei minori e il diritto alla dignità umana *online*».

Per quanto concerne l'esame delle disposizioni⁴⁰, innanzitutto viene confermato in linea generale il regime di responsabilità limitato per i servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, seguendo le linee già tracciate dalla Direttiva 2000/31/CE (artt. 3-5). All'art. 7 si ribadisce l'assenza di obblighi generali di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, nonché di accertamento attivo di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali⁴¹.

Successivamente, si introducono obblighi aggiuntivi in capo ai *provider*, distribuiti su quattro livelli⁴². Su un primo livello si collocano le disposizioni applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari, senza compiere alcuna distinzione sulla base del tipo di servizio messo a disposizione o della dimensione (artt. 10-13). In particolare, l'art. 12 comma 1 dispone che essi devono includere "nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni riguardano tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana". L'art. 13 aggiunge che "i prestatori di servizi intermediari pubblicano, almeno una volta all'anno, relazioni chiare, facilmente comprensibili e dettagliate sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento", specificando nelle lettere successive su quali particolari informazioni le relazioni debbano soffermarsi⁴³.

⁴⁰ Una ricostruzione è compiuta in M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 116 ss.; v. anche S. MARTINELLI, *Digital Services Act: la nuova proposta di Regolamento per le piattaforme*, 22 Marzo 2021, in www.altalex.com.

⁴¹ In merito a questa disposizione, nella relazione di accompagnamento del regolamento si chiarisce che l'assenza di tali obblighi «è in sé cruciale per ottenere il giusto equilibrio tra i diritti fondamentali necessario nel mondo *online*. Il nuovo regolamento vieta di imporre obblighi generali di sorveglianza che potrebbero limitare in misura sproporzionata la libertà di espressione e la libertà di ricevere informazioni degli utenti e comportare oneri eccessivi per i prestatori di servizi, interferendo così indebitamente con la loro libertà di impresa». V. COMMISSIONE EUROPEA, *op. ult. cit.*, 14; confermano l'omogeneità con la Direttiva 2000/31/CE anche O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive*, 23 Novembre 2020, in www.medialwas.eu.

⁴² P. DUNN, *op. cit.*; P. DUNN, G. DE GREGORIO, *AI Act, rischio e costituzionalismo digitale*, 22 Aprile 2022, in www.medialaws.eu, dove, a commento di questo approccio alla moderazione dei contenuti online che si fonda sulla categoria del rischio, si afferma che «il ventunesimo secolo ha visto un notevole incremento del ricorso al "risk-based approach" nella maggioranza dei sistemi giuridici occidentali, quale risposta all'emersione di quella che Beck definiva, già negli anni '80, una "società del rischio"». Nella dottrina straniera v. V. GOLUNOVA, J.M. REGULES, *The Digital Services Act and freedom of expression: triumph or failure?*, in Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft, 8 Febbraio 2021.

⁴³ Art. 13, comma 1, seconda parte: "Tali relazioni comprendono, in particolare, informazioni sui seguenti elementi, a seconda dei casi: a) il numero di ordini ricevuti dalle autorità degli Stati membri, classificati in base al tipo di contenuti illegali in questione, compresi gli ordini emessi a norma degli articoli 8 e 9, e il tempo medio necessario per intraprendere le azioni indicate in tali ordini; b) il numero di notifiche presentate a norma dell'articolo 14, classificate in base al tipo di contenuto illegale presunto di cui trattasi,

Il secondo e il terzo livello riguardano le disposizioni aggiuntive applicabili ai prestatori di servizi di *hosting* e alle c.d. piattaforme *online*⁴⁴. In particolare, questi sono tenuti a predisporre meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza di informazioni specifiche inquadrabili come contenuti illegali⁴⁵. Le notifiche devono sempre contenere la spiegazione dei motivi su cui si regge tale qualificazione; l'indicazione di tutte le informazioni necessarie per individuarli; il nome e l'indirizzo di posta elettronica della persona o ente che presenta la notifica; la dichiarazione con cui queste confermano la propria convinzione in buona fede circa l'esattezza e la completezza delle informazioni e delle dichiarazioni ivi contenute. Il comma 3 dell'art. 14 specifica che le notifiche contenenti tutti questi elementi permettono di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini della valutazione di responsabilità per le informazioni memorizzate dal prestatore di servizio. Tramite questa specificazione, dunque, sarebbe in via definitiva risolto il problema concernente il momento di insorgenza dell'“effettiva conoscenza”, come sopra ricostruito.

Secondo l'art. 15, qualora un prestatore di servizi di *hosting* decida di rimuovere specifiche informazioni o di disabilitarne l'accesso, deve informare il destinatario della decisione fornendo una motivazione chiara e specifica, anche con riguardo ai mezzi di ricorso a disposizione del destinatario del servizio, in particolare attraverso i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria.

nonché eventuali azioni intraprese in applicazione delle notifiche, specificando se l'azione sia stata avviata in virtù di disposizioni normative oppure delle condizioni generali del prestatore, e il tempo medio necessario per intraprendere l'azione; c) le attività di moderazione dei contenuti avviate di propria iniziativa dai prestatori, compresi il numero e il tipo di misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità delle informazioni fornite dai destinatari del servizio e sulla capacità dei destinatari di fornire informazioni, classificate in base al tipo di motivazione e alle ragioni per l'adozione di tali misure; d) il numero di reclami ricevuti tramite il sistema interno di gestione dei reclami di cui all'articolo 17, la base di tali reclami, le decisioni adottate in relazione a tali reclami, il tempo medio necessario per adottare tali decisioni e il numero di casi in cui tali decisioni sono state revocate”.

⁴⁴ All'art. 2, lettera h) queste vengono definite come prestatori di servizi di *hosting* che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizzano e diffondono al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del regolamento.

⁴⁵ All'art. 2, lettera g) il contenuto illegale viene definito come “qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni”.

Con riguardo alle disposizioni applicabili alle sole piattaforme *online*, gli articoli 17 e seguenti contengono una serie di misure attinenti alla gestione interna dei reclami, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, alle misure di protezione contro gli abusi e alla notifica all'autorità giudiziaria dello Stato membro di informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone.

Al quarto livello si collocano gli obblighi supplementari per la gestione dei rischi sistemici a carico delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, ovvero delle piattaforme che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni. In particolare, l'art. 27 impone di effettuare annualmente una ricognizione dei principali rischi derivanti dalla diffusione e dall'utilizzo dei servizi e di predisporre misure di mitigazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci.

Così ricostruiti i contenuti essenziali del *DSA*, la dottrina ha messo in evidenza come questo sarebbe in grado di incidere specificamente sul contrasto ai discorsi d'odio. Innanzitutto, è stato sottolineato che, mancando una regolazione diretta sotto il profilo definitorio, i codici volontari di condotta che le piattaforme predispongono autonomamente continuerebbero a ricoprire un ruolo di assoluta centralità. L'elemento di novità risiederebbe, quindi, solo nella forte imposizione di trasparenza in merito all'uso dei dati e al funzionamento degli algoritmi⁴⁶.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, un fronte aperto, che suscita già numerosi interrogativi non solo nel penalista, è rappresentato proprio dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale in grado di filtrare messaggi testuali in vista del contrasto automatizzato dei discorsi d'odio⁴⁷. Rispetto a questo tema devono essere evidenziati tre

⁴⁶ A. NICITA, *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, 25 Novembre 2020, in www.medialaws.eu.

⁴⁷ All'art. 3 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione il sistema di intelligenza artificiale (sistema di IA) viene definito come "un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono". Nell'allegato I gli approcci di intelligenza artificiale indicati sono tre: gli approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*); approcci basati sulla logica e sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva, le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione. A commento della Proposta v. F. GIORDANELLI, A.

aspetti: innanzitutto, si ritiene che detti sistemi, specialmente se utilizzati in assenza di una supervisione compiuta da operatori fisici, siano già in partenza destinati a fallire⁴⁸. La complessità della comunicazione umana risulta, infatti, tale da far sì che inevitabilmente molte manifestazioni d'odio siano destinate a passare sotto traccia, se non addirittura a divenire preponderanti grazie ad una “strategia di adattamento” degli utenti che, conoscendo i rischi legati all'uso di certe espressioni, ricorreranno ad altre modalità espressive non meno dannose⁴⁹.

In secondo luogo, e da una prospettiva opposta rispetto a questa, è ben possibile immaginare che il rischio di censurare messaggi in realtà innocui, seppur eventualmente coloriti dal punto di vista linguistico, aumenterà a dismisura, trasformando così la rete, da un lato, in un terreno d'elezione per chi è sufficientemente accorto da aggirare i filtri predisposti dalle piattaforme e, dall'altro, in un luogo in cui imperversa una sorta di puritanesimo espressivo.

Nell'ambito del *DSA*, tuttavia, la Commissione europea si dimostra solo in parte attenta al contenimento di questi rischi: nella proposta di regolamento, infatti, è stato espressamente previsto all'art. 17, comma 5, che le piattaforme *online* non possano chiudere le procedure interne di reclamo disposte a favore degli utenti con decisioni affidate esclusivamente a strumenti automatizzati, e all'art. 23, comma 1, lettera c) che le piattaforme *online* debbano elaborare delle relazioni in cui ricostruire “qualsiasi uso di strumenti automatizzati ai fini di moderazione dei contenuti, compresi la descrizione delle

CHIARINI, *Il Regolamento sull'Intelligenza artificiale: “essere o non essere” intelligenza artificiale*, 3 Marzo 2022, in www.medialaws.eu, dove si riportano, in particolare, considerazioni critiche sulla definizione di intelligenza artificiale sopra riportata.

⁴⁸ Evidenzia ampiamente i rischi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale senza la supervisione dell'uomo R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, 15 Giugno 2022, 282 ss., in www.federalismi.it.

⁴⁹ In dottrina è stato sottolineato che i *software* attualmente disponibili presentano caratteristiche tali da portare alla commissione di due tipi di errori, ovvero falsi positivi e falsi negativi (nel primo caso una fattispecie di *hate speech* non è riconosciuta come tale, mentre nel secondo un contenuto è erroneamente qualificato come discorso d'odio). Inoltre, alcuni studi hanno messo in evidenza l'incapacità dei sistemi di intelligenza artificiale di collocare i messaggi all'interno del contesto in cui si inseriscono: in particolare è stato rilevato che i contenuti pubblicati da alcune celebri *drag queen* siano stati etichettati come discorsi d'odio più di quelli di noti suprematisti bianchi statunitensi, stante l'utilizzo da parte delle prime di termini solitamente utilizzati come forma di insulto. Per questi rilievi v. P. DUNN, *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: noti giuridici e pratici*, 3 Maggio 2021, in www.medialaws.eu; T.D. OLIVIA, D.M. ANTONIALLI, A. GOMES, *Fighting Hate Speech, Silencing Drag Queens? Artificial Intelligence in Content Moderation and Risks to LGBTQ Voices Online*, in *Sexuality & Culture*, 2021, 700 ss.; AA.VV., *All You Need is “Love”: Evading Hate Speech Detection*, in *Adversarial Machine Learning*, 2019, 5 ss.; C. SARRA, *Il mondo-dato. Saggi su datificazione e diritto*, Padova, 2019, 201 ss., cui si rimanda per ulteriori riferimenti dottrinali relativi alle particolari modalità espressive utilizzabili in rete, in grado di non essere colte dai sistemi di intelligenza artificiale.

finalità precise, gli indicatori di accuratezza degli strumenti automatizzati nel perseguimento di tali scopi e le eventuali garanzie applicate”. *A contrariis* si può ricavare dunque che, a monte, il filtraggio dei contenuti virtuali possa essere basato sull’intervento delle sole tecnologie algoritmiche. Pur non condividendo questa soluzione per le ragioni sopra esposte, si comprende la posizione sostenuta da quella parte della dottrina che evidenzia come, nel suo complesso, il *DSA* mirerebbe a realizzare «un bilanciamento tra gli interessi in gioco: da un lato, l’interesse, di matrice economica, all’innovazione e allo sviluppo di un mercato unico digitale competitivo sul piano internazionale; dall’altro, l’interesse sovente opposto, alla tutela dei valori democratici e dei diritti e delle libertà degli individui»⁵⁰.

2.1.3. I meccanismi di *notice and take down* nelle legislazioni straniere: il *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*

Per quanto concerne gli apparati normativi interni, la Germania si è attivata in merito alla regolamentazione dei meccanismi di *notice and take down* con l’entrata in vigore il 1° Ottobre 2017 del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)* o *Network Enforcement Act*⁵¹. Questa legge, approntata per il ritenuto fallimento delle misure di *self-regulation* contenute all’interno del Codice di condotta europeo, si applica ai *provider* che, con scopo di lucro, mettono a disposizione degli utenti piattaforme di condivisione o di creazione di contenuti. Sono esclusi dall’ambito applicativo della legge sia i contenuti editoriali *online* sia i *social network* che non raggiungono due milioni di utenti registrati in Germania (art. 1, sez. 1). Le piattaforme che, invece, sono sottoposte alla vigenza del

⁵⁰ P. DUNN, G. DE GREGORIO, *op. cit.*; G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 41 ss.

⁵¹ Il testo completo, anche nella versione in lingua inglese, è consultabile al sito www.bmju.de; per ragioni di completezza è necessario sottolineare che la Germania è stato il primo Paese a dotarsi di una compiuta normativa espressamente concernente la responsabilità degli operatori su Internet già con la legge 22 Luglio 1997 sui servizi di informazione e di comunicazione (*luKDG*). I punti chiave di predetta legge erano: l’insussistenza di un generico obbligo di controllo del *provider* e l’assenza di responsabilità dell’*hosting* che non interferisse sui contenuti veicolati attraverso la rete; il venir in essere di responsabilità penale per il *provider* autore del materiale illecito o che esercitasse un controllo preventivo di congruità/liceità sui materiali da rendere accessibili oppure che fosse a conoscenza in modo effettivo e non semplicemente potenziale del contenuto illecito. Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit., 759 ss.

NetzDG e che ricevono più di cento segnalazioni all'anno circa la presenza di contenuti illeciti sulla piattaforma stessa sono tenute a redigere, con cadenza semestrale, un rapporto in lingua tedesca e a pubblicarlo sulla Gazzetta Federale e sui rispettivi siti *web* entro un termine perentorio. La Sezione 2 dell'art. 1 fornisce anche un elenco dettagliato delle informazioni che con questi *report* devono essere fornite: ad esempio, si devono descrivere gli sforzi compiuti per eliminare i contenuti illeciti dalla piattaforma, i criteri applicati per decidere se cancellare o bloccare i medesimi, il tempo intercorso tra la segnalazione e l'intervento dei responsabili del procedimento ecc.

Per quanto concerne i meccanismi di *notification*, i *provider* sono tenuti a mettere a disposizione degli utenti informazioni chiare e trasparenti sulle procedure osservate per la presa in carico della segnalazione (art. 2, sez. 3). Le misure predisposte devono essere in grado di assicurare che un contenuto illecito, tra quelli integranti gli estremi di una serie di disposizioni del codice penale tedesco⁵², sia rimosso o bloccato entro ventiquattro ore da quando è stata ricevuta la segnalazione, se manifestamente illeciti. Nei casi di contestazione o rimessione della decisione ad un organo di autoregolamentazione il tempo è pari a sette giorni. Da evidenziare il fatto che l'*ISP* debba autonomamente valutare l'illiceità del contenuto segnalato e l'eventuale conseguente rimozione, senza alcuna clausola di salvaguardia di irresponsabilità in caso di rimozione illegittima.

La sezione 4, nucleo del corpo normativo, prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nel caso in cui le disposizioni del *NetzDG* non dovessero essere osservate: più precisamente se dovesse esserci una reiterata violazione delle misure può essere comminata una sanzione fino ad un massimo di cinquanta milioni di euro, tenuto conto di quando prevede l'art. 30 comma 2 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz* che consente di aumentare fino a dieci volte l'importo massimo della sanzione pecuniaria prevista dalla legge.

Come si vede, il *NetzDG* non interviene sulla responsabilità penale del gestore della rete sociale, la cui punibilità rimane, dunque, circoscritta ai casi di consapevole mancata rimozione dei contenuti illeciti oggetto di segnalazione; né essa intacca il principio secondo cui il *provider* non è tenuto ad effettuare alcun controllo preventivo sui contenuti pubblicati dagli utenti. La legge rafforza, invece, i doveri di intervento *ex post* dei gestori

⁵² Si possono menzionare, a titolo di esempio, l'utilizzo di simboli e propaganda politica vietata, il pubblico incitamento alla violenza, la pubblicazione e la detenzione di materiale pedopornografico, l'ingiuria e la diffamazione.

delle reti sociali, spostandoli dal campo dell'autoregolamentazione a quello della responsabilità amministrativa, con sanzioni la cui severità dovrebbe assicurare il rispetto da parte dei *provider* delle prescrizioni stabilite dalla normativa⁵³.

In occasione del primo periodo di *report*, Twitter ha indicato di aver ricevuto 264.000 segnalazioni di cui il 10% ha portato alla cancellazione del contenuto, YouTube 215.000 con un numero più elevato di misure adottate (27%) e Facebook 1.704 di cui il 20% hanno avuto come conseguenza la cancellazione del contenuto segnalato⁵⁴.

L'approvazione di questa legge ha originato numerosi commenti negativi⁵⁵. Tra le posizioni critiche vi è stato chi, innanzitutto, ha evidenziato la sostanziale inutilità della medesima: alla luce dei dati raccolti relativi al monitoraggio dell'applicazione del Codice di condotta stipulato con la Commissione Europea, le piattaforme sarebbero in grado di rimuovere il 70% dei discorsi d'odio entro 24 ore come richiesto dal Codice senza bisogno di un'ulteriore legge di carattere nazionale. Inoltre, alcuni hanno sostenuto che il *NetzDG* contrasti con una pluralità di misure contenute nella Raccomandazione del 2018 del Consiglio d'Europa sul ruolo e le responsabilità degli intermediari di Internet. Più precisamente se la Raccomandazione invita le autorità dei singoli Stati a presentare un ordine giudiziale o di un'autorità amministrativa indipendente suscettibile di ricorso quando chiede agli intermediari di limitare l'accesso ad un contenuto, la legge tedesca, invece, non solo non menziona la possibilità di chiedere tutela contro le decisioni assunte dai *provider*, ma non lascerebbe neppure il tempo perché si possa procedere in tal senso prima che il contenuto sia definitivamente cancellato.

Ancora, obbligare gli intermediari, pur essendo questi soggetti privati, a cancellare immediatamente il contenuto illecito, paventando l'irrogazione di sanzioni di rilevante gravità in caso contrario, rappresenterebbe una indebita lesione della libertà di

⁵³ Per queste considerazioni v. S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 2020, 169 ss.

⁵⁴ Cfr. M. C. KETTERMANN, *Follow-up to the comparative study on "blocking, filtering and tke-down of illegal Internet content"*, 2019, 3, in www.edoc.coe.int; in chiave critica rispetto alla reale capacità informative dei report v. A. HELDT, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, in *Internet Policy Review*, 2019, 2 ss.

⁵⁵ Per l'analisi delle diverse critiche mosse al *NetzDG* di seguito riportate ci si è basati sui contributi di M.C. KETTERMAN, *op. cit.*, 7 ss.; M. FOGLIA, *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, in *Consulta Online*, 16 Marzo 2020, 6-8; M. LAMANUZZI, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, 2021, 22, in www.lalegislazionepenale.eu; V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 119 ss.; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 79 ss.

manifestazione del pensiero per come ricostruita e tutelata nell'ambito del diritto internazionale⁵⁶. Chi sostiene questa teoria fa leva sui costanti principi generali secondo cui la libertà di espressione costituisce il fondamento di ogni società democratica e strumento di realizzazione per il singolo, tanto da dover tutelare anche le opinioni che possono offendere o turbare. Questa ricostruzione sarebbe applicabile anche ad Internet che nel tempo è divenuto uno dei principali mezzi con cui gli individui ricevono informazioni, prendono parte a progetti e discussioni ecc.

Altri seguono un diverso impianto argomentativo per giungere alla medesima conclusione: la libertà d'espressione non conosce una portata illimitata, ma può incontrare restrizioni per quelle affermazioni che sono vietate da disposizioni internazionali, come l'incitamento al genocidio, al compimento di atti terroristici o di gravi discriminazioni attraverso la diffusione di discorsi d'odio⁵⁷. Secondo tali posizioni critiche, invece, i casi previsti dal legislatore tedesco in cui sorge un obbligo di cancellazione o di impedimento dell'accesso al contenuto andrebbero ben oltre le fattispecie previste nel diritto internazionale, senza che, peraltro, siano utilizzati termini che permettano ai *provider* di identificare in modo preciso i contenuti "manifestamente illeciti"⁵⁸.

Sempre in materia di rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e *NetzDG*, il terreno di maggiore scontro riguarda la compatibilità di quest'ultimo con l'art. 5 del *Grundgesetz*. Secondo alcuni, infatti, se in linea di principio non vi sarebbe un contrasto con questa disposizione poiché la legge si riferisce espressamente ai contenuti illeciti che non rientrano *ex se* nell'alveo delle tutele costituzionali, tuttavia, alla luce dell'impianto generale del corpo normativo, il *NetzDG* incentiverebbe il *provider* razionale a disporre sempre la cancellazione o l'oscuramento del contenuto⁵⁹.

⁵⁶ D. KAYNE, *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 1 Luglio 2017, in www.ohchr.org; CONSIGLIO D'EUROPA, *Secretary General concerned about Internet censorship*, 1 Giugno 2017, in www.coe.int; "Declaration on Freedom of Expression – In response to the adoption of the Network Enforcement Law (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) by the Federal Cabinet on April 5, 2017", in www.deklaration-fuer-meinungsfreiheit.de.

⁵⁷ I sostenitori di questa teoria fanno leva sui principi espressi nella sentenza della Corte EDU *Delfi AS v. Estonia*, 16 Giugno 2015, No. 64596/09 di cui si dirà successivamente.

⁵⁸ A. HELDT, *op. cit.*, 4; V. CLAUSSEN, *op. cit.*, 123; R. ZIPURSKY, *Nuts About NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression*, in *Fordham International Law Journal*, 2019, 1359; F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 66.

⁵⁹ E. ROSATI, G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *EUI working papers*, 2012, 8, dove si afferma che «il *provider*, che non ha un interesse diretto alla distribuzione del materiale (di là dell'esigenza di mantenere e allargare la cerchia dei propri utenti e l'ambito dei propri contenuti), se responsabilizzato tenderà ad abbondare per eccesso, rimuovendo tutti i contenuti suscettibili di esporlo a

Secondo altri ancora gli obblighi di monitoraggio e le rigide procedure di cancellazione/blocco sarebbero sproporzionati, nonché lesivi dell'art. 3 *GG* in cui è sancito il principio di uguaglianza davanti alla legge, perché tratterebbero le piattaforme di *social network* in modo diverso rispetto ad altri fornitori di servizi mediatici *online* (basti pensare alle testate giornalistiche che spesso predispongono degli spazi in cui i lettori possono scrivere commenti personali, generandosi in alcuni casi accesi dibattiti) e perché l'applicazione delle misure dipenderebbe strettamente dal numero di utenti dei *social*⁶⁰. Se la prima obiezione può essere condivisa, la seconda ha suscitato qualche perplessità: più precisamente si ritiene che l'utilizzo del numero di iscritti come criterio per la selezione delle piattaforme cui applicare il *NetzDG* non possa dirsi automaticamente discriminatorio, dal momento che il legislatore sembra aver voluto appuntare l'attenzione su quei *social* in cui il rischio di visibilità e, quindi, di diffusione del contenuto illecito è maggiore⁶¹.

Su alcuni profili critici anzidetti si è soffermata anche la giurisprudenza tedesca: ad esempio, la Corte di Monaco nell'Agosto del 2018, in una vicenda relativa alla cancellazione di un contenuto caricato su Facebook, ha ritenuto che la mancata previsione all'interno del *NetzDG* dell'obbligo a carico dei *provider* di predisporre misure a favore degli utenti da utilizzare in caso di interventi ritenuti infondati rappresenti una violazione dell'art. 241 comma 2 del *BGB* che richiede un rispetto reciproco per i diritti e gli interessi di entrambe le parti⁶².

responsabilità, e anzi precludendo l'ingresso ai contenuti potenzialmente dannosi». V. anche S. BRASCHI, *op. cit.*, 171 ss., dove si riporta che nella dottrina tedesca alcuni hanno ribattuto a questa obiezione evidenziando che la legge fonda la responsabilità del *social network* sulla mancata adozione di procedure efficaci e tempestive di segnalazione e rimozione dei contenuti anti giuridici, mentre prescinde dal giudizio relativo alla correttezza delle singole statuizioni. Quanto poi all'attribuzione ai *provider* di prerogative tipiche del potere giudiziario, la legge si limiterebbe a recepire un sistema oramai radicato nel mondo delle reti sociali, all'interno delle quali sono già da tempo operativi meccanismi di monitoraggio e rimozione dei contenuti pubblicati dagli utenti; oltretutto, nel procedere in questa direzione, la *NetzDG* si sarebbe preoccupata di assicurare l'intervento dello Stato, prevedendo l'istituzione di un'apposita autorità indipendente chiamata a dirimere i casi più controversi. L'Autrice che dà conto di queste posizioni, tuttavia, evidenzia che «la questione del ruolo dei *provider* nella individuazione della liceità delle comunicazioni “non manifestamente anti giuridiche” e in specie di quelle afferenti all'area della pubblica informazione chiama in causa problemi estremamente delicati di tutela dell'ordinamento democratico».

⁶⁰ V. nota 55 per i riferimenti dottrinali.

⁶¹ V. CLAUSSEN, *op. cit.*, 125, il quale sottolinea che la soglia sarebbe stata introdotta anche per tutelare le piattaforme più piccole. Tuttavia, il medesimo solleva anche la critica per cui non sarebbe al tempo stesso chiaro per quale ragione un *social network* con 1,9 milioni di utenti debba ricevere un trattamento differenziato.

⁶² OLG München, 24 Agosto 2018, consultabile al sito www.gesetze-bayern.de. Per l'esame di un percorso argomentativo molto simile a questo nell'ambito della giurisprudenza italiana v. *infra*, par. 3.2.3.

Nella stessa direzione una sentenza dell'8 Agosto 2018 della Corte di Dresda secondo la quale i *social network* possono vietare commenti di incitamento all'odio che non rientrano tra i contenuti manifestamente illeciti ai sensi dell'art. 1, sezione 1, comma 3 solo se la cancellazione non sia eseguita arbitrariamente e agli utenti sia fornita una procedura di reclamo. Questo perché, si afferma, i *social network* come Facebook rappresentano un quasi-monopolio nell'offrire spazi privati per la condivisione di comunicazioni pubbliche e, di conseguenza, devono sostenere anche i concomitanti doveri dello Stato in qualità di fornitori di beni essenziali (*Aufgaben der Daseinsvorsorge*)⁶³.

2.1.4. Segue: la Loi Avia francese

Sulla scia della pur controversa normativa tedesca ha cercato di porsi in Francia la legge 2020-766 del 24 Giugno 2020 volta a contrastare i contenuti di incitamento all'odio su Internet (c.d. *Loi Avia*)⁶⁴. A fronte di un percorso di approvazione lungo e travagliato, questa legge prevedeva che i *provider* fossero tenuti a rimuovere o rendere inaccessibili, entro un arco temporale di ventiquattro ore, decorrenti dalla segnalazione di uno o più utenti, tutti i contenuti di istigazione all'odio o alla discriminazione in ragione della razza, della religione, del sesso, dell'orientamento sessuale o della disabilità. In caso di mancata ottemperanza dell'obbligo sarebbe stata irrogata una sanzione pari ad un anno di reclusione e a 250.000 euro di ammenda. L'art. 2 prevedeva (e prevede ancora) un dettagliato elenco di tutti i requisiti cui avrebbe dovuto rispondere la segnalazione affinché discendesse l'obbligo di supervisione della piattaforma, mentre gli articoli 3 e 4 imponevano agli operatori specifici obblighi di trasparenza, il primo a favore degli utenti

⁶³ OLG Dresden, 8 Agosto 2018, consultabile al sito www.gdprhub.eu; V. CLAUSSEN, *op. cit.*, 123, il quale prosegue evidenziando che corollario di questo argomento è il trasferimento della responsabilità di accertamento delle condotte criminose dallo Stato ai *provider*. Nella stessa direzione A. HELDT, *op. cit.*, 4.

⁶⁴ Un'analisi del percorso di approvazione della legge è compiuta in C. SICCARDI, *La Loi Avia. La legge francese contro l'odio online (o quello che ne rimane)*, in M. D'AMICO, C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech online*, Torino, 2021, 179 ss.; M. FOGLIA, *op. cit.*, 1 ss.

vittime dei discorsi d'odio tramite la messa a disposizione di informazioni chiare sulle vie di ricorso, incluse quelle giudiziarie, il secondo a favore del pubblico attraverso la pubblicazione del numero di segnalazioni ricevute e le risorse impiegate nel contrasto alla diffusione dei discorsi d'odio.

La legge è stata, tuttavia, sottoposta al vaglio del *Conseil Constitutionnel* che ha reso una pronuncia tale da far riemergere un testo normativo totalmente diverso e sostanzialmente inutile rispetto agli obiettivi originariamente perseguiti⁶⁵.

Il Collegio, nel condurre il proprio esame, ha richiamato, innanzitutto, l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, nel riconoscere la libertà d'espressione come uno dei diritti più preziosi, sarebbe pacificamente applicabile anche ai mezzi di comunicazione *online* in ragione della loro diffusività e in quanto servizi fondamentali per la partecipazione alla vita democratica. Al tempo stesso ha fatto riferimento all'art. 34 della Costituzione da cui si ricava l'attribuzione al legislatore del compito di regolare l'esercizio del diritto d'espressione, anche al fine di farne cessare gli abusi.

Per quanto concerne le singole disposizioni oggetto di scrutinio, soffermando l'attenzione esclusivamente su quelle di incitamento all'odio in connessione con il diritto in questione, i giudici hanno constatato che l'illegittimità delle norme deriverebbe dalla rimessione al solo *provider* della valutazione circa l'illiceità del contenuto, senza che sia previsto lo scrutinio di un giudice. Un simile regime obbligherebbe l'operatore, sotto la scure della sanzione penale, a farsi carico di disamine implicanti difficili qualificazioni giuridiche oppure del contesto in cui il contenuto è stato diffuso. Tali analisi complesse, oltre a non poter essere affidate esclusivamente ad un soggetto privato che non possiede le competenze tecniche necessarie, comporterebbero altresì il rischio di rendere inesigibile il rispetto del termine di ventiquattro ore, aspetto aggravato anche dalla possibilità che il numero delle segnalazioni, di cui molte eventualmente infondate, sia elevato. Da ultimo, la comminazione della sanzione penale troverebbe spazio per ogni singola inottemperanza e non solo in caso di reiterazione. Questo insieme di previsioni incoraggerebbero gli operatori delle piattaforme *online* a rimuovere i contenuti segnalati,

⁶⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n. 2020-801 du 18 juin 2020.

siano essi illeciti o meno, al fine di mettersi al riparo da qualunque contestazione, con evidente ed indebita limitazione della libertà di espressione⁶⁶.

A fronte di questa declaratoria di illegittimità costituzionale, della *Loi Avia* rimangono solo quelle norme di carattere preventivo, di portata molto più contenuta rispetto alla versione originaria del testo di legge.

3. I paradigmi di responsabilizzazione nel formante giurisprudenziale

Nel passare all'esame degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia, è opportuno prendere le mosse da una breve analisi delle principali pronunce rese dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tenendo presente che, pur riguardando esse materie che esulano dai confini propri del presente studio, sono stati, comunque, espressi principi estensibili anche al tema dei discorsi d'odio.

Relativamente alla possibile contestazione di responsabilità concorsuale dei *provider* in forma commissiva, viene in rilievo la sentenza *Google v. Louis Vuitton et alii*⁶⁷. Il profilo più rilevante di questa sentenza resa dalla Grande Camera riguarda il chiarimento offerto in punto di applicazione dell'art. 14 della Direttiva 2000/31 relativo all'attività di *hosting*: secondo la Corte l'esenzione da responsabilità prevista in questa disposizione sarebbe applicabile solo laddove l'attività del prestatore di servizi sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detto prestatore

⁶⁶ Il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte ha trovato appoggio anche in dottrina: a titolo d'esempio, v. T. GRISON, V. JULLIARD, *Les enjeux de la modération automatisée sur les réseaux numériques: les mobilisations LGBT contre la loi Avia*, in *Communication, technologies et développement*, 2021, 1 ss.; J. MARIEZ, L. GODFRIN, *Lutte contre les contenus haineux sur internet: décryptage de la loi dite "Avia"*, in *Dalloz Actualité*, 28 Maggio 2020; I. BURI, *The lesson of the French Constitutional Council on the fight against hate speech and the latest on the upcoming Digital Services Act*, in *CiTiP Centre for IT and IP Law*, 6 Ottobre 2020.

⁶⁷ CGUE, Cause riunite C-236/2008, 237/2008, 238/2008, *Google inc. v. Louis Vuitton Malletier SA e altri*, 23 Marzo 2010. La vicenda riguardava l'utilizzo da parte di Google di un c.d. servizio di posizionamento, denominato *Adwords*, consistente nel far comparire agli utilizzatori del motore di ricerca finestre pubblicitarie rimandanti ai siti degli operatori economici che avessero pagato un corrispettivo per poter usufruire di questo servizio. Poiché Google aveva consentito che, tramite il proprio motore di ricerca, apparisse anche il rimando a siti di imitazione o contraffazione di noti marchi, esso veniva chiamato a rispondere a titolo di concorso nell'illecito di contraffazione; v. A. ZINCONE, *Hosting «attivo» e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Provider*, in *Diritto d'autore*, 2012, 151, dove si sofferma l'attenzione sulla conferma, all'interno di questa sentenza, dell'assenza di un obbligo preventivo di controllo dei contenuti da immettere *online*.

non deve conoscere né controllare le informazioni trasmesse o memorizzate. *A contrariis*, si ricava che se l'*hosting* si è tradotto in un ruolo attivo idoneo a conferire al *provider* la conoscenza o il controllo dei dati, questo regime di esenzione non sarebbe più applicabile. Si tratta di una distinzione tra *hosting* attivo e passivo che non emerge né dal contenuto dell'art. 14 della Direttiva né dal corrispondente art. 16 del d.lgs. 70/2003 e che secondo la dottrina spalancherebbe le porte al rischio di fondare la responsabilità dei *provider* su una presunzione di conoscenza dell'illiceità dei dati trasmessi o memorizzati desumibile dal tipo di attività da questi compiute e su una conseguente accettazione del rischio di porre in essere condotte agevolatrici di altrui possibili attività illecite⁶⁸. In altre parole, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si potrebbe ricavare un accoglimento del dolo eventuale come criterio di imputazione soggettivo dell'*hoster* attivo, teoria, invece, radicalmente esclusa o fortemente criticata in dottrina.

Sulla possibilità di estendere queste considerazioni anche all'*hoster* passivo provengono utili indicazioni dalla sentenza *L'Oréal SA v. eBay*⁶⁹ dove la Corte, sempre nella sua composizione più autorevole, ha soffermato l'attenzione sul tanto discusso requisito dell'effettiva conoscenza da parte del *provider* dell'illiceità dei contenuti caricati sulla sua piattaforma. Essa, infatti, afferma, nel ribadire l'orientamento relativo alla distinzione tra *hosting* attivo e passivo, che «nella situazione in cui tale prestatore si è limitato ad un trattamento puramente tecnico ed automatico dei dati [...], egli può essere esonerato da qualsiasi responsabilità per i dati di natura illecita memorizzati solo a condizione di non essere stato effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, di non essere stato al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione»⁷⁰. Con riguardo al significato dell'espressione “effettivamente al corrente”, secondo i giudici «affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate in modo che riguardino qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato venga ad

⁶⁸ I. GASPARINI, *op. cit.*, 521; L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, 75-76. Secondo l'Autore questa impostazione argomentativa sarebbe propria anche della giurisprudenza italiana che così si sarebbe orientata nel caso *The pirate bay*, sito che permetteva lo scambio di opere coperte dal diritto d'autore grazie ad un'attività di indicizzazione e di chiavi di accesso elaborate e rese disponibili dal *provider*.

⁶⁹ CGUE, Causa C-324/2009, *L'Oréal SA c. eBay International AG et alii*, 12 Luglio 2011; E. FALLETTI, *Cassazione e Corte di giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google*, in *il Corriere giuridico*, 2014, 806 ss.; B. PANATTONI, *op. cit.*, 256, nota 30; V. NARDI, *op. cit.*, 15, nota 39.

⁷⁰ *Idem*, par. 119.

essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato *online* scopra l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo secondo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre il fatto che essa costituisca, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base alle quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità»⁷¹.

Premesso ciò, pare confermato quell'orientamento dottrinale che, al fine di stabilire se siano sussistenti o meno i requisiti di esonero di responsabilità del *provider*, non ritiene necessaria una comunicazione ufficiale da parte delle autorità⁷². La Corte ha avuto, in ogni caso, cura di evidenziare che, laddove la conoscenza del contenuto illecito non dovesse derivare da un intervento diretto del *provider*, bensì da una notifica da parte degli utenti, questa debba essere sufficientemente precisa e circostanziata, dovendo escludere, in caso contrario, qualunque forma di responsabilità dell'*ISP* che a quella notifica non abbia dato seguito con la rimozione o l'oscuramento del contenuto⁷³.

A confermare, anche in questa sentenza, l'apertura verso il dolo eventuale sarebbe stata l'introduzione della nozione di "operatore economico diligente", rispetto alla quale,

⁷¹ *Idem*, par. 121-122; questo percorso argomentativo è stato ripreso da Corte Cass., Sez. I civ., 19 Marzo 2019, n. 7708, dove è stato chiarito che la responsabilità dell'*hosting provider* sussiste qualora questi non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché quando ha continuato a pubblicarli, nonostante ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che ragionevolmente attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere. V. P. FALLETTA, *op. cit.*, 151-152; in chiave critica v. M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *Medialaws*, 248 ss.

⁷² V. *supra*, nota 21.

⁷³ CGUE, Causa C-324/2009, cit., par. 123

comunque, si manifestano dei dubbi circa l'effettivo spazio applicativo in ambito penale⁷⁴.

In materia di omesso impedimento del reato materialmente commesso dall'utente della rete, dalla sentenza *Scarlet v. Sabam*⁷⁵ proviene una conferma di quella posizione dottrinale secondo cui sarebbe impossibile attribuire al *provider* il compito di controllo preventivo di tutti i contenuti caricati *online* dai singoli. Non sarebbe, di conseguenza, ammissibile imporre ai prestatori intermedi l'utilizzo di sistemi di filtraggio dei dati per individuare quelli illeciti e impedirne la diffusione, poiché l'attuazione di una misura simile richiederebbe un'osservazione diretta sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate sulla piattaforma in questione⁷⁶. È significativo, inoltre, il fatto che la Corte abbia ritenuto illegittima l'imposizione di una tecnologia simile anche alla luce della necessità di bilanciare gli interessi fondamentali in gioco, tra cui la libertà d'impresa, la tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni⁷⁷. Identiche conclusioni sono state formulate nella sentenza *Sabam v. Netlog*⁷⁸.

Nella pronuncia *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*⁷⁹, la Corte venne chiamata a risolvere una questione pregiudiziale sollevata dall'*Oberster Gerichtshof* austriaca relativa all'interpretazione dell'art. 15 della Direttiva 2000/31 CE (corrispondente all'art. 17 del d.lgs. 70/2003). In particolare i dubbi interpretativi riguardavano se predetto articolo impedisse al giudice di uno Stato membro di ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate il cui contenuto fosse identico o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita, o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque fosse l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni. Qualificando Facebook come *hosting provider*, la Corte ha affermato che dal contenuto della Direttiva non deriva alcun pregiudizio per

⁷⁴ L. D'AMBROSIO, *op. cit.*, 78.

⁷⁵ CGUE, Causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société Belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*, 24 Novembre 2011; A. SALVATO, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela del diritto d'autore online*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 2758; R. FLOR, *Lotta alla "criminalità informatica"*, cit., 11, nota 30.

⁷⁶ *Idem*, par. 39.

⁷⁷ *Idem*, par. 48-50.

⁷⁸ CGUE, Causa C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, 16 Febbraio 2012; A. MONTANARI, *Prime impressioni sul caso Sabam c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 1082 ss.; P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 300 ss.

⁷⁹ CGUE, Causa C-18/18, *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*, 3 Ottobre 2019.

la facoltà dei giudici o delle autorità amministrative nazionali di esigere dal prestatore di servizi di *hosting* interessato di porre fine ad una violazione o di impedirla, anche rimuovendo le informazioni illecite o disabilitando l'accesso alle medesime⁸⁰. Non è chiaro se la Corte abbia voluto affermare che gli obblighi di rimozione nascano solo a fronte di una comunicazione di un'autorità o se sorgano indipendentemente da questa, dubbi che sono accresciuti dal tenore letterale del paragrafo precedente a quello appena citato in cui la Corte si limita ad utilizzare l'espressione "non appena ne venga a conoscenza", senza ulteriori specificazioni. La dottrina ha, comunque, evidenziato che con questa pronuncia il giudice europeo avrebbe virato verso forme più stringenti di responsabilità degli *ISP*, ammettendo che dall'art. 15 della Direttiva 2000/31 CE possa trarsi un obbligo di sorveglianza "in casi specifici"⁸¹.

3.1. *Segue: la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*

Vicina al tema dei discorsi d'odio è la sentenza *Delfi AS v. Estonia* resa dalla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁸². Trattasi di un'importante pronuncia in quanto ritenuta conferma, sul piano giurisprudenziale sovranazionale, della validità della teoria dottrinale secondo cui in capo al *provider* potrebbe prospettarsi una responsabilità a titolo di concorso omissivo per non aver questo impedito la protrazione dell'illecito tramite la rimozione del materiale caricato. Inoltre è il primo caso in cui la Corte EDU è stata chiamata a confrontarsi con il tema della responsabilità (non penale, ma) civile degli intermediari e della sua compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero.

La parte ricorrente era costituita da una società proprietaria del più importante portale *web* di informazioni estone che garantiva la possibilità ai lettori di pubblicare in

⁸⁰ *Idem*, par. 24.

⁸¹ P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità*, cit., 152.

⁸² *Delfi v. Estonia*, 16 Giugno 2015, No. 64569/2009; per un commento della vicenda v. F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 29 ss.; R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 522 ss.; E. FALLETTI, *op. cit.*, 808.

un apposito spazio commenti agli articoli divulgati. Nonostante non vi fosse alcun ruolo della società nell'editare o moderare le discussioni, era in ogni caso attivo un sistema di *notice and take down* grazie al quale commenti contenenti parole ingiuriose od oscene sarebbero stati automaticamente cancellati, mentre per quelli diffamatori, minacciosi o di incitamento all'odio la rimozione sarebbe stata possibile a seguito di segnalazione da parte degli utenti. La società, inoltre, traeva benefici economici dai commenti dei lettori poiché, in base al numero di accessi al sito, la Delfi vendeva a terzi spazi pubblicitari.

I fatti da cui la causa prende le mosse vedevano la pubblicazione di una serie di commenti gravemente diffamatori e di incitamento alla violenza nei confronti dell'azionista unico di una società estone, la SLK, al di sotto di un articolo intitolato “*SLK Destroyed Planned Ice Road*”. La Delfi, dopo sei settimane dalla pubblicazione di questi contenuti, aveva provveduto alla loro rimozione su richiesta dell'avvocato dell'azionista, rifiutando al contempo di risarcire il danno subito.

La Corte, nel decidere circa la conformità con la libertà di manifestazione del pensiero della condanna emessa in sede civile contro la Delfi, non ritenne sussistente alcuna violazione di predetta libertà sulla base del fatto che, essendo la società proprietaria del sito un editore professionale e gestore di uno dei più grandi portali di notizie in Estonia, avrebbe dovuto valutare i rischi connessi alle sue attività e prevedere, in misura ragionevole, le conseguenze che queste avrebbero potuto comportare, considerato soprattutto il fatto che l'articolo pubblicato riguardava una questione di grande interesse collettivo. Secondo i giudici né la possibilità di promuovere ricorso contro gli autori dei commenti né la predisposizione del meccanismo di *notice and take down* avrebbe escluso la responsabilità della società ricorrente: per quanto attiene il primo profilo, l'incertezza circa le effettive possibilità di ristoro sarebbe stata aggravata dalla circostanza che la piattaforma avesse consentito la pubblicazione di commenti da parte di utenti anonimi; per quanto attiene il secondo, non solo il sistema di segnalazione e rimozione non aveva impedito la permanenza dei commenti per ben sei settimane, ma non poteva neppure considerarsi una misura adeguata stante la natura del portale, gestito da soggetti professionalmente competenti e a fini di lucro⁸³. Inoltre, la Camera ha

⁸³ Sul continuo richiamo allo scopo di lucro perseguito dalla società e valorizzato anche dai giudici nazionali per escludere l'esenzione da responsabilità della Delfi, la dottrina evidenzia che, in realtà, vi sarebbe un conflitto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE già esaminata secondo la quale la semplice circostanza che il servizio sia prestato a pagamento non può avere l'effetto di privare l'intermediario dalle deroghe in materia di responsabilità previste dalla Direttiva 2000/31; cfr. R. PETRUSO, *op. cit.*, 539.

affermato che la restrizione della libertà d'espressione avrebbe perseguito lo scopo legittimo di proteggere la reputazione e i diritti altrui. Ciò che, in definitiva, pare contestarsi alla società ricorrente è di non aver previsto che la pubblicazione di quel contenuto avrebbe potuto scatenare l'onda di messaggi diffamatori e di non aver agito in via preventiva per impedirli attraverso la predisposizione di adeguate misure. Il fatto che i sistemi di *notice and take down* messi in atto dalla società non avessero funzionato nel caso concreto avrebbe costituito prova della responsabilità della Delfi⁸⁴.

Tra i passaggi più significativi della pronuncia vi è il seguente: «tenuto conto del fatto che ci sono ampie opportunità per chiunque di far sentire la propria voce su Internet, la Corte ritiene che l'obbligo di un grande portale di notizie di adottare misure efficaci per limitare la diffusione dell'incitamento all'odio e alla violenza non possa in alcun modo essere equiparato alla "censura privata". La Corte, pur riconoscendo il ruolo importante svolto da Internet nel migliorare l'accesso del pubblico alle notizie e nel facilitare la diffusione delle informazioni in generale, ribadisce di essere anche consapevole del rischio di pregiudizio rappresentato dai contenuti e dalle comunicazioni su Internet»⁸⁵.

È bene, tuttavia, evidenziare che, attraverso il confronto con alcune pronunce successive, la Corte potrebbe aver assunto una posizione così rigida in ragione della qualificazione dei commenti non come meramente diffamatori ed ingiuriosi, ma di vero e proprio incitamento all'odio e alla violenza⁸⁶. Ad esempio, nella sentenza *MTE and Index.hu Zrt v. Ungheria*⁸⁷ fu ritenuta non necessaria la condanna al risarcimento del danno di due portali di informazione per i commenti offensivi pubblicati al di sotto di un articolo in cui si denunciava la presunta frode operata da un sito *web* di intermediazione immobiliare a danno dei consumatori: tale non necessarietà è stata fondata proprio sul rilievo secondo cui non ci si trovasse di fronte a discorsi d'odio, bensì ad espressioni volgari attribuibili ad un semplice «malcostume generalizzato consistente nell'utilizzo in Internet di un registro linguistico decisamente basso»⁸⁸. Analogo argomento, unitamente alle ridotte dimensioni della piattaforma priva di scopo di lucro, venne utilizzato nella

⁸⁴ Da evidenziare che i giudici Sajó e Tsotsoria resero una congiunta opinione dissenziente in cui si contestava l'effettivo rispetto del principio di legalità delle misure nazionali concretamente applicate, ritenute così oscure da poter essere validamente interpretate solo da un "consulente legale chiaroveggen-".

⁸⁵ *Idem*, par. 157.

⁸⁶ R. PETRUSO, *op. cit.*, 529; V. NARDI, *op. cit.*, nota 43.

⁸⁷ *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*, 2 Febbraio 2016, No. 22947/13.

⁸⁸ R. PETRUSO, *op. cit.*, 531.

sentenza *Pihl v. Svezia*⁸⁹ dove la Corte ritenne non fondata la violazione dell'art. 8 CEDU a fronte della mancata condanna da parte del giudice nazionale di un piccolo blog per i commenti diffamatori pubblicati contro il ricorrente. Lo stesso indirizzo è seguito anche nella sentenza *Tamiz v. Regno Unito*⁹⁰.

Il fatto che nella sentenza *Delfi AS v. Estonia* sia stato seguito un approccio di “tolleranza zero” a fronte della diffusione di discorsi d’odio viene, da ultimo, confermato da una recente e discussa pronuncia⁹¹. La vicenda coinvolse il sindaco di una cittadina francese e leader locale del partito *Rassemblement national* che, nel corso di una campagna elettorale per le elezioni legislative nella circoscrizione di Nîmes, aveva pubblicato sulla sua pagina Facebook un *post* diretto a ridicolizzare un avversario politico, al di sotto del quale alcuni utenti avevano lasciato commenti denigratori nei riguardi dei musulmani, ritenuti responsabili del degrado della città e dell’assenza di sicurezza nel contesto urbano. In particolare, dei due commenti rispetto ai quali cominciò l’*iter* giudiziario, uno venne cancellato dal suo stesso autore, mentre il secondo rimase pubblico fino a qualche giorno prima dell’udienza davanti al tribunale di primo grado. Nel frattempo il politico aveva provveduto a richiedere ai propri “*followers*” di moderare i toni delle discussioni. In ragione dell’omessa cancellazione del secondo messaggio e della mancata predisposizione di filtri alla possibilità di interagire sulla sua pagina, egli venne condannato al pagamento di una multa di tremila euro per incitamento all’odio, in concorso con gli autori dei commenti⁹². La Corte di Strasburgo, cui il politico fece ricorso, ritenne non fondata la lamentata violazione dell’art. 10 CEDU poiché, stante il clima di naturale tensione connesso alla campagna elettorale e la posizione politica ricoperta da parte del ricorrente, costui si sarebbe dovuto attivare per rimuovere i messaggi d’odio e, ancor prima, per non rendere la pagina, attivata con il proprio *account* su Facebook, aperta ad ogni commento.

Questa sentenza è stata oggetto sia di note positive che negative. Per quanto attiene le prime, è stato detto che «un politico ben noto, per di più in piena campagna elettorale, in cui si manifesta un maggiore interesse della popolazione sui discorsi politici, ha una

⁸⁹ *Pihl v. Svezia*, 9 Marzo 2017, No. 74742/14.

⁹⁰ *Tamiz v. Regno Unito*, 12 Ottobre 2017, No. 3877/14.

⁹¹ *Sanchez v. Francia*, 2 Settembre 2021, No. 45581/15.

⁹² La vicenda è ricostruita in M. CASTELLANETA, *Responsabilità del politico per commenti altrui su Facebook: conforme alla Convenzione europea la “tolleranza zero” nei casi di messaggi d’odio*, in *MediaLaws*, 2021, 213 ss.

maggiore responsabilità, sapendo che i propri sostenitori potrebbero usare toni incompatibili con il rispetto della dignità umana [...]. Se i giudici francesi avessero omesso di punire il titolare dell'*account*, avrebbero fortemente attenuato la lotta alla piaga dell'*hate speech* che costituisce un allarme concreto per ogni democrazia e che è in grado di minare i valori fondamentali di una società. Non solo. Affermare un'assenza di responsabilità del titolare dell'*account*, in particolare se politico, significherebbe, con una certa ipocrisia, ammettere forme di *hate speech* "mascherate" [...]. Il politico, pur informato dei commenti discriminatori, era rimasto inerte, con ciò, a nostro avviso, mostrando una totale condivisione del messaggio e un comportamento attivo nella sua diffusione»⁹³.

Tra le posizioni di critica è necessario, innanzitutto, fare menzione dell'opinione dissenziente espressa dalla Giudice Mourou-Vikström secondo la quale la responsabilità del proprietario di un *account* dovrebbe essere tenuta distinta da quella di enti o aziende che si servono di Internet per scopi di natura commerciale, com'era nel caso *Delfi*. In più, si sottolinea che imporre al ricorrente di cancellare tempestivamente qualunque commento, anche solo sospetto, al fine di evitare di incorrere in una sanzione penale, implicherebbe addossare a soggetti privati non paragonabili ai *provider* obblighi eccessivi e pericolosamente prossimi ad una «censura della peggior specie»⁹⁴.

Questi condivisibili rilievi critici sono stati fatti propri anche dai primi commentatori della vicenda secondo cui «riconoscere la responsabilità penale del titolare dell'*account* per i commenti dei suoi amici o seguaci (a seconda del *social* coinvolto) significa renderlo diretto controllore e censore della libertà di espressione di chi lo commenta, un ruolo che non gli compete e che rischia di deprimere, piuttosto che valorizzare, il confronto, il dibattito»⁹⁵.

In definitiva, la linea interpretativa seguita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra essere stata per lo più dettata da esigenze di politica criminale, legate

⁹³ *Idem*, 226.

⁹⁴ Su posizioni analoghe in dottrina v. F. KUPSCH, *Watch Your Facebook Comment Section!: Holding Politicians Criminal Liable for Third Parties' Hate Speech – No Violation of Freedom of Expression under the ECHR*, 15 Ottobre 2021, in www.voelkerrechtsblog.org, secondo il quale, mentre piattaforme come Facebook hanno le risorse economiche, tecniche e professionali per esaminare i commenti illeciti, i soggetti privati non si troverebbero nella stessa posizione, venendo così costretti a compiere complesse valutazioni, oppure, molto più probabilmente alla immediata rimozione dei contenuti in via preventiva.

⁹⁵ C. BUFFON, E. BUFANO, A. DINISI, *Sentenze di Settembre 2021*, 28 Gennaio 2022, in www.questionegiustizia.it.

alla necessità di rinvenire sempre più efficaci strategie di contrasto ai discorsi d'odio *online*, che da valutazioni giuridiche⁹⁶. Sebbene si condivida il rilievo secondo cui la mancata punizione del proprietario dell'*account* potrebbe portare a legittimare forme di discorsi d'odio mascherati, questo non può giustificare orientamenti che individuano la sussistenza di responsabilità penale nel non aver provveduto alla rimozione di illeciti commenti altrui in mancanza di disposizioni normative in tal senso⁹⁷, oppure, ancor peggio, nel non aver predisposto a monte adeguate misure per prevenire simili condotte. In via conclusiva, non è neppure possibile pretendere che gli utenti privati si trasformino in una sorta di *longa manus* delle piattaforme affinché vigilino per conto di queste sul rispetto degli standard della *community*, paventando, in caso contrario, l'irrogazione di sanzioni⁹⁸.

⁹⁶ Questo emerge anche nel commento positivo sopra riportato dove si afferma espressamente che se il titolare dell'*account* non fosse stato punito sarebbe stato recato un *vulnus* alla lotta della piaga dell'*hate speech*. Si tenga presente che, nelle citate critiche della Giudice Mourou-Vikström, quest'ultima ha evidenziato che la Corte non aveva neppure provveduto ad accertare se effettivamente il politico fosse a conoscenza della natura dei commenti pubblicati al di sotto del suo *post*, non potendo ricavare ciò dal fatto che egli avesse successivamente invitato gli utenti a moderare i toni della discussione. Più precisamente: «*Par ailleurs, s'agissant du message de L.R., est-il possible de prouver que le requérant en avait connaissance? En matière de responsabilité pénale, la connaissance qu'il aurait eu du message de L.R. ne doit pas se deviner ni même se présumer: elle doit se prouver. Or, les juridictions internes ont fait défaut dans la démonstration de cette connaissance, préférant axer leur raisonnement sur une obligation générale de contrôle, renforcée en raison de qualité d'homme politique du requérant. S'il est exact que le 27 octobre, soit deux jours après la publication par L.R., le requérant a invité ses amis par un message sur son «mur» Facebook à surveiller le contenu de leurs «commentaires», rien ne dit qu'il avait spécifiquement connaissance du message de L.R..Il pouvait fort bien se référer implicitement, dans cet appel à la vigilance, au message de S.B., promptement effacé. Sachant que la connaissance est l'un des éléments fondamentaux permettant d'établir la responsabilité pénale du titulaire du compte, elle doit être établie dans le respect des règles du droit pénal qui est, faut-il le rappeler, d'interprétation stricte*»

⁹⁷ Una simile eventualità sembra esclusa anche dalle disposizioni applicate nel caso concreto dai giudici francesi: l'art. 23 della *Loi Gayssot* punisce come complice (*complices*) chi, tra le altre ipotesi, con qualsiasi mezzo di comunicazione al pubblico per via elettronica provochi direttamente l'autore o gli autori a commettere un crimine o un delitto, se la provocazione è stata accolta; l'art. 24 riprende quanto affermato dall'articolo precedente con espresso riferimento alla provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, infine, la responsabilità penale del produttore di un sito di comunicazione pubblica online può dirsi sussistente solo se si accerta che egli fosse venuto preventivamente a conoscenza del contenuto dei messaggi da mettere in rete oppure se non dovesse agire tempestivamente per rimuoverli nel momento in cui ne dovesse venire a conoscenza. Come riportato nella nota precedente, la Corte di Strasburgo, tuttavia, non ha provveduto a verificare se nel caso di specie tale prova fosse stata raggiunta. Per la ricostruzione delle disposizioni normative applicate e degli orientamenti giurisprudenziali v. *Sanchez v. Francia*, cit., par. 25 ss.

⁹⁸ Sembra, invece, andare in una diversa direzione M. CASTELLANETA, *op. cit.*, 223, nel momento in cui afferma: «il politico era pienamente consapevole che la sua pagina era aperta e che il commento avrebbe causato delle reazioni. La sua consapevolezza è dimostrata anche dal fatto che gli “Standard della community di Facebook”, che ogni utente deve accettare per accedere al *social*, vietano i contenuti che incitano all'odio, intesi come attacchi diretti nei confronti di persone sulla base della razza, dell'etnia, della nazionalità, della disabilità, della religione, della casta, dell'orientamento sessuale, del genere e di malattie gravi e consentono all'utente di controllare la propria pagina».

Come ultimo rilievo critico generale rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la dottrina ha evidenziato che il problema maggiore sia l'assenza di armonia tra i parametri decisori utilizzati da questa e quelli messi in campo dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, esponendo così gli Stati membri, tutti aderenti alla CEDU, al rischio di condanna da parte dell'uno o dell'altro collegio giudicante⁹⁹.

3.2. *Segue: la giurisprudenza italiana. Il caso Google v. Vividown: un leading case in materia di responsabilità dell'ISP*

Nel panorama giurisprudenziale italiano vero e proprio *leading case* in ordine ai reati realizzabili dagli utenti della rete avvalendosi degli strumenti offerti dai *provider* è la sentenza *Google v. Vividown*¹⁰⁰. Per quanto attiene una breve ricostruzione del fatto, due amministratori delegati e il responsabile della *policy* sulla *privacy* di Google Italy S.r.l. vennero imputati per omesso impedimento del delitto di diffamazione e per illecito trattamento dei dati personali derivanti dal caricamento sulla piattaforma Google Video di un filmato in cui alcuni giovani avevano appellato con frasi ingiuriose un ragazzo down e un'associazione impegnata nella tutela di persone affette da questa sindrome. Il video aveva raggiunto un livello di visibilità e condivisione tali da renderlo il più cliccato nella categoria "video divertenti" e, nonostante numerose segnalazioni da parte degli utenti, Google aveva proceduto alla rimozione del contenuto solo dopo aver ricevuto una richiesta da parte della polizia postale, all'incirca due mesi dopo il caricamento.

⁹⁹ R. PETRUSO, *op. cit.*, 544-546.

¹⁰⁰ Corte Cass., Sez. III, 3 Febbraio 2014, n. 5107. La vicenda giudiziaria è ricostruita in S. CORBETTA, *Caso "Google": nessuna responsabilità dell'host provider per l'omesso impedimento di reati realizzati dagli utenti della rete*, in *Diritto penale e processo.*, 2014, 277 ss.; F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 237 ss.; con specifico riguardo alla sentenza d'appello A. ROIATI, *Sull'obbligo del gestore o del proprietario di un sito web, qualificabile come content o hosting provider, di controllare preventivamente le notizie*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 2636 ss.; M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, 28 Settembre 2015, 28 ss., in www.federalismi.it.

Caduto in primo grado il capo d'accusa relativo al concorso omissivo nel reato di diffamazione, ma non quello sull'illecito trattamento dei dati personali, all'esito del giudizio di Appello tutti gli imputati vennero assolti da entrambe le imputazioni.

La Suprema Corte, chiamata a decidere sul ricorso promosso dalla Procura generale, dopo aver compiuto una lunga ricostruzione della normativa vigente in materia di *privacy*, soffermò l'attenzione sulle disposizioni relative alla responsabilità degli *hosting provider* (categoria in cui si sarebbe dovuto inquadrare Google Video), ovvero sugli articoli 16 e 17 del già citato d.lgs. 70/2003: dal loro esame, la Corte concluse che «nessuna di esse prevede che via sia in capo al *provider*, sia esso anche un *hosting provider*, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito»¹⁰¹, confermando, fin da subito, l'assenza di una posizione di garanzia in capo a tutti i *provider*, indipendentemente dalla loro qualificazione.

Il Collegio evidenziò altresì che in ragione del tenore letterale delle disposizioni sarebbe stato rinvenuto «il punto di equilibrio fra la libertà del *provider* e la tutela dei soggetti eventualmente danneggiati nella fissazione di obblighi di informazione alle autorità, a carico dello stesso *provider*, relativamente a presunte attività o informazioni illecite dei quali sia venuto a conoscenza, anche al fine di consentire l'individuazione dei responsabili»¹⁰². Occorre tenere a mente che quella dell'assenza di un obbligo di controllo preventivo sui contenuti caricati *online* è una conclusione cui era giunto anche il Tribunale di primo grado relativamente all'accusa di omesso impedimento del reato di diffamazione, smentendo così la posizione del Pubblico Ministero secondo cui Google avrebbe dovuto essere qualificato non come *hosting provider*, ma come *content provider* e conseguentemente tenuto ad assicurare la corretta elaborazione dei dati¹⁰³.

Il secondo principio generale ricavabile da questa pronuncia è che, laddove l'*hosting provider* compia delle attività sui materiali caricati dagli utenti che non consistano in un intervento sul contenuto degli stessi e, dunque, in una loro conoscenza, beneficerebbe in ogni caso delle limitazioni di responsabilità previste agli articoli 16 e 17 del d.lgs. 70/2003. In altre parole, secondo i giudici «il legislatore ha inteso porre quali presupposti della responsabilità del *provider* proprio la sua effettiva conoscenza dei dati

¹⁰¹ *Idem*, par. 7.

¹⁰² *Idem*, par. 7.3.

¹⁰³ Trib. Milano, Sez. IV pen., 2 Aprile 2010, n. 1972; cfr. F. NOTARI, *La controversa responsabilità dell'Internet Service Provider in materia di privacy nella giurisprudenza europea e interna: il caso Google*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 Aprile 2016, 22.

immessi dall'utente e l'eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite»¹⁰⁴.

Da quanto emerge dall'enucleazione di questi principi, è chiaro che la giurisprudenza sembra chiaramente orientata nel senso di escludere alla radice la possibilità di accogliere il paradigma di responsabilizzazione fondato su un obbligo generale di controllo preventivo di tutti i dati immessi *online* e, dunque, sulla configurazione di una responsabilità a titolo di concorso mediante omissione nel reato altrui. Aspetto più controverso e rimasto irrisolto in questa pronuncia è, invece, se l'obbligo di rimozione, nell'ottica dei giudici, sorga solo in presenza di una comunicazione da parte dell'autorità oppure se sia sufficiente che il *provider* ne venga a conoscenza anche per altre vie non qualificate. Una parte della dottrina vede in questa sentenza una conferma del proprio convincimento circa la necessità di accogliere solo la prima lettura, al fine di scongiurare il rischio di attribuire al *provider* un «inquietante ruolo di censore della rete»¹⁰⁵.

3.2.1. *Segue: un revirement della Corte di Cassazione?*

In una successiva sentenza emessa dalla Suprema Corte è stato individuato un significativo cambio di prospettiva rispetto ai principi espressi nella pronuncia appena esaminata e, invece, una maggiore vicinanza con quell'orientamento dottrinale che ritiene ammissibile contestare all'*ISP* una responsabilità a titolo di concorso omissivo¹⁰⁶.

Si è trattato di un caso che coinvolse il gestore di un sito Internet (*hosting provider*) che, a seguito della pubblicazione di un commento diffamatorio da parte di un terzo, non aveva provveduto a rimuoverlo, nonostante l'autore del commento lo avesse informato tramite un'*e-mail* del tenore del messaggio. Secondo i giudici di legittimità, con un impianto argomentativo piuttosto succinto, nonostante l'importanza del tema e del

¹⁰⁴ Trib. Milano, cit., par. 7.2.

¹⁰⁵ A INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, cit., par. 5; G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 670.

¹⁰⁶ Corte Cass., Sez. V, 27 Dicembre 2016, n. 54946.

revirement rispetto alla vicenda prima esaminata¹⁰⁷, poiché il gestore del sito non aveva provveduto a rimuovere alcuni commenti diffamatori pubblicati da terzi, pur essendo consapevole del loro contenuto e del loro carattere illecito, non poteva essere assolto dall'accusa di concorso nel delitto di diffamazione mediante omissione. Di conseguenza, pur permanendo l'insussistenza di obblighi preventivi, sarebbe operante un obbligo di controllo sui contenuti già caricati *online*. Solo in questo modo, infatti, secondo quanto sostenuto anche dal GUP, il gestore dimostrerebbe di prendere le distanze dai contenuti illeciti¹⁰⁸.

La dottrina che si è occupata dell'esame della vicenda ne ha messo in luce profili di significativa criticità: innanzitutto, alcuni hanno sottolineato la presenza di una certa confusione nell'individuazione del modello di responsabilità da applicare, non comprendendosi se il rimprovero mosso all'imputato fosse derivato dall'aver consentito il perdurare degli effetti diffamatori dello scritto e, dunque, della lesione al bene giuridico, oppure dal non aver impedito che la condotta diffamatoria si protraesse¹⁰⁹.

Secondo altri, il percorso argomentativo seguito dalla Corte potrebbe costituire, da una parte, un'applicazione in via analogica *in malam partem* delle norme sull'editoria; dall'altra una scorretta applicazione dell'art. 40 cpv., stante l'assenza di una disposizione di legge che imponga all'amministratore di un gruppo o di un *forum* di impedire la pubblicazione o la permanenza di un messaggio diffamatorio: secondo questa prospettiva vi sarebbe semmai una mera facoltà di rimuovere i contenuti offensivi ed inappropriati, ma non certo un obbligo giuridicamente sanzionabile.

¹⁰⁷ R. CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in Cassazione penale, 2017, 2782 ss.; M. MIGLIO, *I gestori di un sito internet rispondono penalmente per i commenti offensivi pubblicati dagli utenti*, in Giurisprudenza penale web, 2017. La qualificazione della pronuncia in esame come *revirement* rispetto al precedente *Google v. Vividown* non è da tutti condivisa: cfr. F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, in Il Foro italiano, 2017, secondo il quale «a dispetto di quanto possa sembrare, tra i principi di diritto affermati nelle due sentenze non si individua alcun contrasto» poiché mentre Google non aveva avuto contezza dell'illiceità dei contenuti caricati, lo stesso non si poteva dire dell'imputato Maffeis». È da ricordare, tuttavia, che anche nel caso Google la piattaforma aveva conosciuto il carattere illecito del video pubblicato, stante le numerose segnalazioni degli utenti.

¹⁰⁸ La Corte afferma: «Il giudizio di responsabilità veniva pertanto formulato per l'aspetto, del tutto inesplorato in primo grado, dell'aver 'imputato mantenuto consapevolmente l'articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria che neppure il ricorrente contesta, da quando ne apprendeva l'esistenza, fino a che veniva eseguito il sequestro preventivo del sito». L'imputato avrebbe dovuto «assumere le iniziative necessarie per evitare che la condotta diffamatoria si protraesse».

¹⁰⁹ A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in Diritto penale e processo, 2017, 1624.

Ad analoga conclusione, ma percorrendo una strada differente, giunge altra parte della dottrina¹¹⁰: come già detto, essendo la diffamazione una fattispecie costruita attorno ad un verbo modale (*id est*: comunicando), essa si realizzerebbe nel momento in cui i contenuti illeciti sono comunicati all'esterno da parte del soggetto agente. Di conseguenza non sarebbe possibile ravvisare una responsabilità a titolo concorsuale in capo al *provider* né nel mantenimento in rete del contenuto, né nell'omessa cancellazione perché si tratterebbe di condotte susseguenti alla già avvenuta consumazione del reato. Tantomeno si potrebbe ravvisare la sussistenza di responsabilità nella mancata eliminazione degli effetti della condotta illecita perché nessuna disposizione penale tipizza questo tipo di azione.

L'unica strada percorribile resterebbe, dunque, quella della contestazione di responsabilità ex art. 110 c.p., verificando nel caso concreto la presenza di una effettiva e consapevole adesione al comportamento e non traendola dalla mera omessa rimozione del contenuto, che di per sé rappresenta una condotta neutra¹¹¹.

Se la giurisprudenza, prendendo le distanze dal precedente *Google v. Vividown*, sembra, quindi, orientata nel senso di ammettere una responsabilità a titolo di concorso omissivo, come si è visto le posizioni dottrinali sono salde in una posizione di forte critica, al punto da vedere in questa pronuncia un sovvertimento della stabilizzazione trovata con il d.lgs. 70/2003 e con la vicenda *Google*¹¹².

¹¹⁰ R. FLOR, *Tutela penale*, cit., 462 e ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio*, cit., 21 ss., ID., *Responsabilità penale*, cit., 1625; V. NARDI, *op. cit.*, 18, nota 50.

¹¹¹ M. MIGLIO, *La responsabilità*, cit., 7 ss.; nella stessa direzione Corte Cass., 19 Febbraio 2018, n. 16751 in cui il collegio giudicante, chiamato a decidere circa la sussistenza di responsabilità in capo all'imputata, accusata di diffamazione aggravata a seguito della diffusione attraverso un sito web da lei gestito di una serie di messaggi denigratori contro le case editrici a pagamento, affermò che «in mancanza di norme – come per i reati commessi con la stampa periodica – il reato di diffamazione può essere ascritto all'amministratore del sito in base alla previsione secondo le regole comuni o perché autore della stessa o quale concorrente dell'autore materiale [...]». Secondo la Corte dal mero fatto di amministrare il sito internet e di non aver provveduto alla cancellazione dei contenuti diffamatori o alla realizzazione di contenuti di scusa non potrebbe trarsi la coscienza e volontà nell'attività diffamatoria; *contra* Corte Cass., 8 Novembre 2018, n. 12546, p. 11 e Corte Cass., 12 Gennaio 2021, n. 7220, di cui si dirà successivamente.

¹¹² A. INGRASSIA, *op. cit.* 1622; la pronuncia appena citata, lungi dal fornire una interpretazione rimasta isolata, propone un percorso argomentativo che trova conferma anche in una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, sebbene resa in ambito civile: «questa Corte regolatrice ha parallelamente rilevato che [...] la responsabilità dell'*hosting provider*, prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto lesso oppure *aliunde*; sia ragionevolmente constatabile l'illiceità dell'altrui condotta, onde l'*hosting provider* sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; abbia la

In una pronuncia successiva¹¹³, a fronte di una contestazione di responsabilità penale per diffamazione aggravata, il Collegio confutò la tesi difensiva secondo cui la disciplina degli *Internet Provider* sarebbe estensibile *tout court* agli amministratori di *blog*, richiamando i principi espressi nell'arresto appena esaminato. Nel ricostruire il contenuto proprio della Direttiva 2000/31 CE e del d.lgs. 70/2003, la sentenza 54946 del 2016 viene citata come precedente per fondare una responsabilità dell'*ISP* a titolo di concorso omissivo nel reato commissivo dell'utente, in caso di mancata rimozione di un contenuto illecito di cui il medesimo fosse "effettivamente a conoscenza"¹¹⁴. Queste premesse vengono poste a fondamento dell'intrinseca diversità tra gli *Internet Provider* e gli amministratori di *blog*: i secondi «non forniscono alcun servizio nel senso precisato [nel Considerando 42 della Direttiva europea, *n.d.r.*], bensì si limitano a mettere a disposizione degli utenti una piattaforma sulla quale poter interagire attraverso la pubblicazione di contenuti e commenti su temi nella maggior parte dei casi proposti dallo stesso *blogger*, in quanto caratterizzati dalla linea, che si potrebbe definire (anche se impropriamente) "editoriale", impressa proprio dal gestore della suddetta piattaforma»¹¹⁵.

Nonostante tale asserita differenza, il regime di responsabilità del *blogger* viene ricostruito in termini esattamente analoghi a quelli dell'*ISP*, riconoscendo che neppure a carico dell'amministratore di *blog* grava un obbligo di controllo *ex ante* delle informazioni pubblicate e che sarebbe presente solo un dovere di rimozione dei contenuti lesivi di cui lo stesso sia venuto a conoscenza. Il ricorso alla figura della pluralità di reati appare, quindi, più un artificio argomentativo che una vera distinzione tra le due posizioni¹¹⁶: secondo la Corte, «se il gestore del sito apprende che sono stati pubblicati da terzi contenuti obiettivamente denigratori e non si attiva tempestivamente a rimuovere i medesimi, finisce per farli propri e quindi per porre in essere ulteriori condotte di diffamazione che si sostanziano nell'aver consentito, proprio utilizzando il suo *web-log*,

possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere». Cfr. Corte di Cass., Sez. I civ., 16 Settembre 2021, No. 25070.

¹¹³ Corte Cass., Sez. V, 8 Novembre 2018, n. 12546.

¹¹⁴ Cfr. *Idem*, par. 2.3 dove si afferma che questa forma di responsabilità «è stata oggetto di alcune recenti pronunce giurisprudenziali, in materia civile e penale, le quali hanno individuato nella previsione dell'art. 14 della Direttiva europea (cui corrisponde quella dell'art. 16 d.lgs. n. 70/2003) la fonte di un obbligo d'impedimento a carico degli *ISP*, legittimante un'imputazione di responsabilità degli stessi a titolo concorsuale (Cass. Pen., Sez. V, n. 54946 del 12/07/2016, Maffei [...]).»

¹¹⁵ *Idem*, par. 2.4.

¹¹⁶ C. PAGELLA, *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, 17 Maggio 2019, par. 5, consultabile al sito www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

l'ulteriore divulgazione delle stesse notizie diffamatorie». Questo percorso argomentativo risulta *in toto* sovrapponibile alla configurazione di una posizione di garanzia e di una responsabilità a titolo omissivo in capo ai *provider*¹¹⁷.

3.2.2. *Segue: l'inapplicabilità delle disposizioni sull'editoria*

Orientamento che può dirsi, invece, ormai certamente consolidato riguarda l'inapplicabilità dell'art. 57 c.p. in materia di editoria ai *provider* e ai coordinatori di *blog* e *forum*¹¹⁸. La prima pronuncia in cui è stato sancito questo principio è la n. 35511 del 16 Luglio 2010 resa dalla V Sezione della Corte di Cassazione¹¹⁹. Ragionando sull'applicabilità della disposizione alle testate giornalistiche *online*, la Corte escluse la sua rilevanza sulla base del fatto che essa riguarderebbe esclusivamente la carta stampata estendendo le proprie valutazioni anche a tutte le forme di comunicazione trasmesse via Internet. Il messaggio diffuso attraverso il *web* non sarebbe stato assimilabile ad uno stampato, se non a costo di un'interpretazione analogica *in malam partem*, a causa dell'assenza di riproduzione tipografica e di materiale distribuzione tra il pubblico. *Ad abundantiam* venne richiamato l'art. 14 del d.lgs. 70/2003 dal quale si ritenne di ricavare l'irresponsabilità dei *provider* a meno che questi non fossero a conoscenza del messaggio diramato, paventandosi, però, ad avviso della Corte, una responsabilità a titolo di concorso nel reato doloso e non ex art. 57 c.p. Nel ricostruire il concetto di stampa, la Corte, in questo caso, rimase ancorata ad una interpretazione letterale del termine.

Nella sentenza delle Sezioni Unite n. 31022 del 29 Gennaio 2015, nell'ammettere il sequestro preventivo delle testate giornalistiche telematiche, si affermò che l'esito dell'operazione di interpretazione evolutiva del termine "stampa" «non può riguardare tutti in blocco i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook*), a prescindere dalle

¹¹⁷ Tale impianto motivazionale ritorna anche, più recentemente, in Corte Cass., 12 Gennaio 2021, n. 7220.

¹¹⁸ In dottrina v. S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit., 751; R. BARTOLI, *op. cit.*, 605, dove si afferma che le posizioni di coloro che operano in Internet sono funzionalmente diverse da quelle di chi dirige un periodico; F. RUGGIERO, *op. cit.*, 592.

¹¹⁹ Il testo della sentenza è consultabile al sito www.federalismi.it.

caratteristiche specifiche di ciascuno di essi, ma deve rimanere circoscritto a quei soli casi che, per profili strutturali e finalistici che li connotano, sono riconducibili [...] nel concetto di “stampa” inteso in senso più ampio»¹²⁰. Per poter parlare di stampa è, cioè, necessaria una struttura e una finalità: la prima si identifica con la “testata” e la periodicità regolare delle pubblicazioni; la seconda si concretizza nella raccolta, nel commento e nell’analisi critica di notizie legate all’attualità (cronaca, economia, costume, politica) e dirette al pubblico, perché ne abbia conoscenza e ne assuma consapevolezza nella libera formazione della propria opinione¹²¹. Difettando questi requisiti, non potrà darsi applicazione all’art. 57 c.p.¹²².

3.2.3. *Segue: Casa Pound e Forza Nuova v. Facebook*

Quella di *Casa Pound e Forza Nuova v. Facebook* rappresenta una vicenda giudiziaria che, sebbene di ambito civile, offre ulteriori spunti di riflessione su come la giurisprudenza colga il ruolo dei *provider* all’interno dell’ordinamento e che, sotto taluni profili, costituiscono diretto presupposto della disamina sin qui svolta. Altri due aspetti rendono peculiari le pronunce: *in primis*, il fatto che, pur prendendo le mosse da circostanze fattuali identiche, si sia giunti a soluzioni antitetiche; in secondo luogo, che si contestasse al *provider* non una condotta di inerzia, ma, al contrario, l’essersi attivato con l’oscuramento dei due profili *social*.

Per quanto concerne il giudizio *Casa Pound v. Facebook*¹²³, l’associazione promosse ricorso ex art. 700 c.p.c. chiedendo in via principale l’immediata riattivazione

¹²⁰ Corte Cass., SS.UU., 29 Gennaio 2015, n. 31022, p. 22.

¹²¹ *Idem*, p. 24.

¹²² V. anche Corte Cass., 8 Novembre 2018, n. 12546, cit., par. 3.2 e Corte Cass., 12 Gennaio 2021, n. 7220, cit., par. 1.

¹²³ Trib. Roma, Sez. impresa, ord. 12 Dicembre 2019, R.G. 59264/2019 con nota di B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso CasaPound c. Facebook*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2020, 104 e ss.; v. anche A. SCALERA, *Casapound vince il ricorso contro Facebook: la pagina sarà riattivata*, in *il Quotidiano Giuridico*, 16 Dicembre 2019; M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “Poteri privati”. Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 54 ss.; P. ZICCHITTU, *I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 5 Marzo 2020, 1 ss., consultabile al sito www.giuricost.org.

della relativa pagina Facebook, disattivata senza alcuna motivazione con un annuncio da parte di un anonimo portavoce del *social network*, o in subordine la restituzione dei contenuti caricati. Il giudice, nel valutare la sussistenza dei tipici requisiti del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*, sviluppò la propria argomentazione partendo dall'inquadramento del servizio fornito da Facebook, ritenendo che quest'ultimo ricoprisse un ruolo centrale e di primaria importanza nel panorama dei *social network* sia per il numero estremamente elevato di utenti, sia per la sua accessibilità tramite canali differenti. Inoltre, si evidenziò che le regole che sovrintendono ai rapporti tra il *social* e gli utenti fossero di natura pattizia e contenute all'interno delle Condizioni d'Uso e degli Standard della Community, la cui violazione comporta l'irrogazione di sanzioni diverse in ragione della gravità e dei precedenti della persona sulla piattaforma¹²⁴.

Ciò premesso, ad integrare il *fumus bonis iuris* e il *periculum in mora* vi sarebbe stato il contrasto tra la decisione assunta da Facebook con il diritto al pluralismo dei partiti politici di cui all'art. 49 Cost., in ragione del fatto che la rimozione di una pagina comporta l'esclusione o la forte limitazione della possibilità di un partito di prendere parte al dibattito pubblico e diffondere le idee del proprio movimento. Inoltre, il Tribunale osservò che «non è possibile affermare la violazione delle regole contrattuali da parte del ricorrente solo perché dalla pagina sono stati promossi gli scopi dell'associazione stessa che opera legittimamente nel panorama politico italiano dal 2009»¹²⁵. Successivamente si negò al resistente anche la possibilità di rimuovere la pagina perché destinata a perseguire scopi contrari alla Costituzione.

Identico esito ha avuto il giudizio di reclamo promosso da Facebook ex art. 669-terdecies c.p.c.¹²⁶. Quest'ultimo lamentava, innanzitutto, l'insussistenza di previsioni di legge che gli imponessero obblighi di servizio pubblico, così come di tutele speciali riservate solo ad alcuni utenti in virtù del loro ruolo nel dibattito politico, rivendicando per sé il principio di libertà d'impresa di cui all'art. 41 Cost.; secondariamente, si contestava al giudice cautelare di non aver minimamente considerato i molteplici contenuti contrari agli Standard della Comunità ed alle Condizioni d'Uso pubblicati sulla piattaforma e di non aver tenuto conto, nella valutazione del *periculum in mora*,

¹²⁴ V. *supra* par. 2.1.1.

¹²⁵ Trib. Roma, cit., 4-5.

¹²⁶ Trib. Roma, ord. 29 Aprile 2020, R.G. 59264/2019 consultabile al sito www.accademiaitalianaprivacy.it. V. *supra*, nota 93 per i riferimenti dottrinali a commento anche del giudizio di reclamo.

dell'ampia disponibilità in Internet di strumenti di comunicazione diversi ed ulteriori da Facebook, mancando, quindi, il requisito dell'irreparabilità del danno.

Il giudice del reclamo affermò «indubbia la qualificazione del rapporto tra Facebook Ireland e l'utente come un ordinario contratto di diritto civile [...] con la conseguenza che la legittimità dell'esercizio del potere di recesso del fornitore del servizio deve essere valutata in primo luogo sulla base delle regole negoziali dallo stesso dettate, secondo il modello del contratto per adesione. La qualificazione del rapporto in termini contrattuali e l'assenza di disposizioni normative speciali non implicano che la sua disciplina sia rimessa senza limiti alla contrattazione fra le parti ed al rapporto di forza fra le stesse né che l'esercizio dei poteri contrattuali sia insindacabile. I limiti sono quelli di carattere generale ordinariamente riconosciuti per l'autonomia privata, riconducibili alle clausole generali dell'ordine pubblico, del buon costume, della buona fede ed al divieto di abuso del diritto [...]. In generale si deve ritenere preclusa all'autonomia privata la limitazione a carico di uno dei contraenti dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attuata ricollegando al loro esercizio conseguenze negative sul piano contrattuale, tanto più in assenza di una giustificazione oggettiva nella funzione riconosciuta al contratto [...]»¹²⁷.

Alla luce di queste premesse, la libertà d'impresa di Facebook troverebbe quale limite il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di associazione di cui agli articoli 21 e 18 Cost., aventi carattere generale e non riferibili a categorie speciali di utenti. Se così è, secondo il collegio la natura dei contenuti pubblicati sulla pagina di CasaPound non sarebbe stata di tale gravità da giustificare la rimozione della pagina, ma semplicemente la cancellazione dei singoli contenuti, a maggior ragione perché la decisione, poi oggetto di contestazione, sarebbe stata assunta a distanza di tempo troppo significativo dall'ultima sanzione irrogata. Tantomeno la misura di rimozione avrebbe potuto essere giustificata da un ritenuto carattere illecito dell'associazione poiché, ad avviso del giudicante, la stessa non rientrerebbe nel parametro normativo né della XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, né delle misure di contrasto alla discriminazione razziale, etnica e religiosa come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Per questo insieme di ragioni il giudice rigettò il reclamo e confermò l'ordinanza oggetto di impugnazione.

¹²⁷ *Idem*, 3.

Come anticipato, nel parallelo caso *Forza Nuova v. Facebook*, l'esito del giudizio è stato opposto¹²⁸. Dopo aver compiuto un lungo ed articolato esame delle disposizioni e dei principali orientamenti giurisprudenziali in materia di incitamento all'odio, il Tribunale enucleò il principio generale, assunto come direttrice dell'indagine successiva sui fatti di causa, secondo cui «tra i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, nel bilanciamento con altri diritti fondamentali della persona, assume un particolare rilievo il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona. La libertà di manifestazione del pensiero non include, pertanto, discorsi ostili e discriminatori (vietati a vari livelli dall'ordinamento interno e sovranazionale)»¹²⁹. Ulteriore premessa generale fu che, alla luce degli obblighi assunti da Facebook con la stipulazione del Codice di Condotta europeo e del contenuto delle Condizioni d'uso che ogni utente si impegna a rispettare, il *provider* avrebbe il diritto di rimuovere i contenuti e interrompere la fornitura del servizio a quegli utenti che violino gli standard della *community*.

Tutto ciò considerato, il giudice, sempre a fronte della proposizione di un ricorso ex art. 700 c.p.c., venne chiamato ad accertare se vi fosse fondato motivo di temere che la decisione di Facebook di rimuovere la pagina di Forza Nuova, in quanto collettore di messaggi di incitamento all'odio e alla violenza, recasse all'organizzazione un pregiudizio imminente ed irreparabile. Ampio spazio della pronuncia fu dedicato all'esame dei messaggi che Forza Nuova diffondeva attraverso la piattaforma *social*: ad esempio, in occasione della campagna per il tesseramento in Calabria relativa all'anno 2019 il partito aveva optato per la pubblicazione di una foto di Benito Mussolini accompagnata dalla citazione tratta dallo scrittore Tolkien "Le radici profonde non gelano mai"; per pubblicizzare la parata organizzata per l'anniversario della marcia su Roma veniva pubblicato un post dal seguente tenore "28 Ottobre in marcia. Bandiere, striscioni, auto, pullman, benzina... Compatriota, la macchina organizzativa è in moto ed ha bisogno del tuo sostegno concreto. Il 28 Ottobre, Roma ospiterà la grande marcia Forzanovista

¹²⁸ Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, ordinanza 23 Febbraio 2020, R.G. 64894/2019. Ricostruiscono la vicenda C. CARUSO, *I custodi di silicio*, cit., 4 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, 11 Aprile 2021, 176 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Facebook: giusto chiudere profili personali e pagine per affiliazione a "organizzazioni d'odio"*, in *il Quotidiano Giuridico*, 21 Aprile 2020.

¹²⁹ *Idem*, 14.

contro un governo illegittimo, per dire definitivamente no allo Ius Soli e per fermare violenze e stupri da parte degli immigrati che hanno preso d'assalto la nostra Patria [...]»; a sostegno di Luca Traini, responsabile del ferimento di sei persone di origine africana, veniva pubblicato un comunicato in cui il partito dichiarava di schierarsi con il Traini e di avere nelle orecchie “il grido di rabbia di un'Italia che vuole reagire e non morire d'immigrazione”; in un manifesto afferente ad una campagna anti-immigrati veniva raffigurato un uomo di colore che tentava di spogliare una donna bianca con la didascalia “Difendila dai nuovi invasori, potrebbe essere tua madre, tua moglie, tua sorella, tua figlia”, con esplicito rimando ad un manifesto della Repubblica sociale italiana attribuito a Gino Boccasile, grafico propagandista del ministero della guerra. Diversi, poi, i contenuti contro gli omosessuali definiti pervertiti e pedofili, nonché contro insediamenti Rom e campi nomadi.

Dal lungo elenco di esempi, tra cui sono stati riportati solo quelli più significativi, il giudice concluse che Forza Nuova dovesse essere qualificata come “organizzazione d'odio” la cui attività di propaganda sarebbe vietata su Facebook in base alle condizioni contrattuali di utilizzo del servizio del tutto conformi con il già citato Codice di Condotta. Più precisamente: «Facebook non solo poteva risolvere il contratto grazie alle clausole contrattuali accettate al momento della conclusione, ma aveva il dovere legale di rimuovere i contenuti, una volta venutone a conoscenza, rischiando altrimenti di incorrere in responsabilità [...]»¹³⁰.

Delle due vicende considerate sono state compiute analisi che ne hanno messo in luce la radicale divergenza in punto di inquadramento della natura dei *social network*. Generalmente il conflitto si svolge tra qualificazione dei *social* come soggetti pubblici o privati: se ritenuti soggetti pubblici, essi sarebbero limitati nella regolamentazione del servizio da loro stessi messo a disposizione degli utenti, arrivando addirittura a prospettare la possibilità di esercitare nei loro confronti poteri espropriativi statali finalizzati a nazionalizzare le piattaforme digitali più utilizzate¹³¹; se considerati soggetti

¹³⁰ *Idem*, 43. Di questa pronuncia la dottrina non critica tanto l'esito decisorio, quanto principalmente il percorso argomentativo utilizzato: ad essere contestato è soprattutto l'utilizzo di discipline assolutamente eterogenee come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale, o, ancora, il Patto sui diritti civili e politici come fonti di veri e propri obblighi di rimozione dei contenuti illeciti e, dunque, come fonti di responsabilità giuridicamente rilevante in caso di omesso controllo. V. C. CARUSO, *I custodi di silicio*, cit., 6.

¹³¹ Riporta la circolazione di questa teoria P. FALLETTA, *op. cit.*, 148; N. SRNICEK, *We need to nationalise Google, Facebook and Amazon. Here's why*, 30 Agosto 2017, in www.theguardian.com.

privati, vi sarebbe la piena libertà di disporre dei propri spazi digitali, senza alcuna ingerenza esterna. La pronuncia resa in composizione monocratica nel caso *CasaPound v. Facebook* è chiaramente vicina alla prima lettura, avendo il giudice attribuito a Facebook uno statuto pressoché sovrapponibile a quello del servizio pubblico radiotelevisivo, come tale tenuto ad ospitare ogni opinione, purché accettata nell'agone politico¹³²: «Il rapporto tra Facebook e l'utente che intenda registrarsi al servizio (o con l'utente già abilitato al servizio come nel caso in esame) non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che Facebook, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente. Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali costituisce per il soggetto Facebook ad un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l'accesso al proprio servizio»¹³³.

Più conforme ad una visione privatistica dei *social* è la seconda pronuncia, senza che però vi sia una assoluta adesione ad essa: se, da una parte, si evidenzia a più riprese il diritto di Facebook di regolare le modalità di accesso e di utilizzo del proprio servizio e, dunque, di adottare delle sanzioni in caso di loro violazione, dall'altra, come già detto, si interpreta l'agire di Facebook come vincolato al rispetto di obblighi derivanti da una serie di norme imperative.

Propendono per la qualificazione dei *social network* come soggetti pubblici, senza prospettare, però, soluzioni estreme come l'espropriazione, G. SCORZA, *Casapound e Forza Nuova bannate, smettiamo di considerare Facebook una questione privata*, 9 Ottobre 2019, in www.ilfattoquotidiano.it; S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss., secondo cui Internet sarebbe «il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto».

¹³² C. MELZI D'ERIL, G. E. VIGEVANI, *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *IlSole-24ore*, 27 Febbraio 2020; contrari alla sussistenza di un obbligo di garantire la diffusione di qualsiasi opinione derivante dall'assimilazione implicita di Facebook al servizio pubblico radiotelevisivo P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, in *SIDIBlog*, 20 Gennaio 2020 secondo i quali, dal complesso delle disposizioni sovranazionali, nonché dei consolidati orientamenti della Corte EDU in materia di libertà di manifestazione del pensiero, «non solo non sussiste alcun obbligo di pubblicare ogni opinione – così come non esiste per le aziende che operano *offline* –, ma piuttosto la tendenza della prassi va nel senso di un obbligo di non diffondere messaggi discriminatori, i quali, una volta messi in rete, producono un immediato effetto negativo sulla stessa democrazia. Proprio la “speciale posizione” di Facebook, secondo noi, impone un'azione preventiva anche nel caso di rischio di diffusione di messaggi discriminatori, in linea con le fonti internazionali e con gli stessi valori costituzionali».

¹³³ Trib. Roma, Sez. impresa, cit., 4.

Di diverso avviso ancora un'ulteriore ordinanza emessa dal Tribunale di Siena che nel decidere, sempre in sede di ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., sulla misura di oscuramento del profilo di un esponente di CasaPound, ha ritenuto che «nell'ambito di un accordo di diritto privato la scelta di privare l'utente della piattaforma *social* rientra nel diritto di recesso, peraltro compiutamente regolamentato»¹³⁴.

In una condivisibile posizione intermedia si pone l'ordinanza resa in sede di reclamo dal Tribunale di Roma, che si è già avuto modo di considerare: il rapporto tra *social* e utenti deve essere inteso di natura privatistica, senza che questo possa tradursi nella sussistenza in capo alla piattaforma di un totale arbitrio nell'assunzione delle proprie decisioni¹³⁵.

La stessa dottrina cerca di contemperare i due poli entro cui il dibattito si svolge, ricorrendo a soluzioni meno *tranchant*. In particolare è stato detto che i *social* costituirebbero soggetti privati aventi rilevanza pubblica: soggetti privati perché «stipulano accordi di natura altrettanto privatistica con i propri utenti, tra cui rientrano anche le regole di comportamento da osservare nella discussione e condivisione di contenuti, così come le sanzioni comminabili in caso di violazione»; di rilevanza pubblica perché il mondo virtuale «non può lasciare indifferente l'ordinamento che deve trovare forme di regolamentazione e controllo rispettose, in generale, della peculiare natura del contesto *online* e, in particolare, delle piattaforme private di condivisione e scambio di contenuti»¹³⁶.

¹³⁴ Trib. Siena, Sezione Unica Civile, ord. 19 Gennaio 2020, R.G. 2968/2019; nella stessa direzione Trib. Trieste, Sez. civ., ord. 27 Novembre 2020, n. 2032, relativa alla disattivazione da parte di Facebook della pagina della Federazione Nazionale Arditi d'Italia, in cui si rifiuta la qualificazione del *social network* quale spazio pubblico e si identifica l'oscuramento come recesso. A commento di quest'ultima vicenda v. S. MARTINELLI, *La chiusura dell'account Facebook di un'associazione: quale tutela?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 2091 ss.

¹³⁵ Per una posizione simile cfr. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova*, cit., 12 ss.

¹³⁶ P. FALLETTA, *op. cit.*, 149; nella stessa direzione O. GRANDINETTI, *op. cit.*, 17, secondo il quale «un intervento legislativo sarebbe non solo auspicabile – tra l'altro per sollevare i giudici da un'attività di “supplenza” che può portare, come dimostrano anche le decisioni in esame, ad esiti difficilmente prevedibili, con compromissione del valore della sicurezza giuridica e, in definitiva, dell'eguaglianza dei soggetti coinvolti nelle singole controversie – ma sarebbe altresì del tutto legittimo, quantomeno con riferimento a quei *social network* che possiedono in un determinato Paese una soglia elevata di utenti [...] e per i quali sia quindi possibile desumere la detenzione di un potere privato»; G. PASSARELLI, *La metamorfosi dei social media. La rilevanza sociale nell'attuale agorà digitale di un servizio “privatistico”*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, 1200, dove, da una prospettiva civilistica, si afferma che «il *social media* sembrerebbe rievocare la nozione civilistica di associazione (o corporazione), ovvero di quella comunità intermedia, caratterizzata da un gruppo di persone che agiscono per finalità utili alla formazione e allo sviluppo della persona», con la conseguenza che «è necessario, come per tipiche forme di associazione non riconosciute, che siano qualificati altresì i comportamenti e le relazioni tra i soggetti in modo chiaro [...] e siano definiti i punti di equilibrio tra interessi pubblici e privati, garantendo

4. Considerazioni conclusive

L'analisi fin qui condotta in punto di responsabilità dell'*Internet Service Provider* permette di giungere ad un'unica conclusione certa: il carattere imprescindibile di un aggiornamento delle norme già in vigore e una chiara presa di posizione in merito ai profili che ancora rimangono se non oscuri, quantomeno ambigui. A questa considerazione si giunge per una molteplicità di ragioni: non tanto o, meglio, non solo perché la disciplina attualmente vigente non pare essere la più idonea per regolare una tematica così complessa, ma soprattutto perché, in una prospettiva futura, stante il sempre maggiore utilizzo delle tecnologie informatiche, un notevole incremento del numero di giudizi che vedano implicati *provider* sarà inevitabile. Ciò è strettamente legato anche all'oggetto specifico di questo lavoro: i servizi che gli *ISP* mettono a disposizione degli utenti costituiscono ad oggi uno dei vettori più dinamici per la diffusione dei discorsi d'odio sia da parte del *quavis de populo*, sia da parte dei personaggi più notori del panorama politico italiano e non.

L'effettività della regolamentazione tuttavia, potrà essere garantita, come anticipato, solo attraverso la predisposizione di una comune e, soprattutto, vincolante disciplina europea che, da una parte, sappia fronteggiare e superare l'inevitabile frammentarietà ed eterogeneità degli interventi normativi nazionali, dall'altra sia in grado di far fronte ad una delle caratteristiche proprie delle condotte messe in atto tramite il web, ovvero la loro dimensione transnazionale. È proprio in questa direzione che si sta muovendo il già citato *Digital Services Act*¹³⁷.

Posto, però, che al momento attuale quest'ultimo non è stato ancora definitivamente approvato, restano da chiarire due aspetti fondamentali: se sussista ad oggi, sulla base della normativa attualmente vigente, la possibilità di contestare al *provider* una responsabilità penale per non aver provveduto alla rimozione di un contenuto illecito di cui fosse a conoscenza per vie diverse da quella della comunicazione dell'autorità; se sia davvero lo strumento del diritto penale quello più adatto in questa materia. Tenendo conto

che non siano imposti immotivatamente limiti specifici o che ci sia un ingiustificato squilibrio tra diritti ed obblighi nel rapporto tra *hosting provider* ed utente».

¹³⁷ V. *supra*, par. 2.1.2.

della varietà e liceità delle posizioni che si possono assumere, si ritiene di dover dare risposta negativa ad entrambe le questioni.

Partendo dal primo profilo, pur di fronte all'impellente necessità di predisporre condizioni tali da limitare la diffusione dei discorsi d'odio tramite il web e per quanto possa apparire opportuna la responsabilizzazione di un *provider* che abbia contezza di che tipo di messaggi la sua piattaforma sia promotrice, non possono essere, in ogni caso, tralasciate le strutture giuridiche che fondano la responsabilità a titolo di concorso omissivo. La forzatura delle categorie dogmatiche generalmente seguita per contestare una responsabilità di questo tipo non farebbe altro che incrementare i livelli di incertezza, nonché una effettiva e seria limitazione della libertà d'espressione dal momento che il *provider*, per sfuggire all'imputazione, sarebbe portato a rimuovere qualunque contenuto meramente "sospetto". Ovviamente questo non vuol dire autorizzare il *provider* a restare indifferente di fronte alla diffusione di messaggi di incitamento all'odio; rimane, tuttavia, evidente l'abisso che intercorre tra la cancellazione di un contenuto come conseguenza dell'applicazione delle condizioni di utilizzo che ogni piattaforma ha il diritto di adottare e la cancellazione come strategia preventiva per evitare di incorrere in conseguenze penalistiche.

Per quanto concerne il secondo interrogativo, tralasciando l'ipotesi di autoria o co-autoria in cui la previsione di una sanzione penale pare opportuna proprio per il tipo di condotta messa in atto, per gli altri casi non sembra di poter giungere ad identica conclusione. Questo non solo per le già ricordate difficoltà nel ricostruire una responsabilità penale che riesca a reggere dal punto di vista logico e giuridico, ma anche per una considerazione di ordine generale: se il ricorso al diritto penale deve rispettare, tra gli altri, il principio di sussidiarietà ed *extrema ratio*, è chiaro che lo scopo dissuasivo può essere utilmente perseguito tramite la previsione di proporzionate e bilanciate sanzioni amministrative pecuniarie.

CAPITOLO QUINTO

LE PIÙ RECENTI PROPOSTE DI MODIFICA DELL'ART. 604-BIS C.P. E IL DIBATTITO CIRCA L'APPROVAZIONE DEL C.D. DISEGNO DI LEGGE

ZAN

1. Il D.D.L. Zan e le precedenti proposte di modifica

L'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica è tornata ad appuntarsi sul tema dei discorsi d'odio con crescente vigore a seguito della presentazione di una proposta di modifica, tra gli altri, degli articoli 604-*bis* e 604-*ter* c.p. da parte di un disegno di legge recante “misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità”, più comunemente noto (impropriamente) come “disegno di legge sull'omofobia” o, ancora, “disegno di legge Zan”, dal nome del deputato proponente Alessandro Zan¹.

Prima di considerare i contenuti di tale disegno di legge, la cui possibilità di approvazione è definitivamente naufragata con la decisione di non passaggio all'esame degli articoli assunta con voto segreto dal Senato il 27 Ottobre 2021, è opportuno evidenziare che proposte di modifica della normativa vigente in materia di discorsi d'odio si erano già avvicinate nel tempo, sempre con esito negativo. Compiendo un breve *excursus* sul punto², la prima previsione come autonoma fattispecie di reato degli atti di discriminazione omofobica era stata inserita nel Progetto di legge AC 2807 presentato nell'Ottobre del 2009 alla Camera dei deputati. Esso prospettava l'estensione

¹ Il disegno di legge è l'unificazione delle proposte A.C. 107 Boldrini, 569 Zan, 868 Scalfarotto *et alii*, 2171 Perantoni *et alii*, 2255 Bartolozzi.

² V. e multis L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 509 ss.; M. MONTANARI, *Approvato dalla Camera il progetto di legge in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia – Proposta di legge S. (Scalfarotto e a.)*, 24 Settembre 2013, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 19 ss.

dell'applicazione della legge Reale-Mancino (e, dunque, degli atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi) ai comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia. Lungo la stessa linea si pose anche il c.d. disegno di legge Scalfarotto che, sulla base dei medesimi scopi che ispiravano l'AC 2807, si differenziava da esso solo per il fatto di non prevedere l'estensione per i comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia del delitto di propaganda di idee razziste di cui (all'epoca) all'art. 3, comma 1, lettera a), prima parte, della legge 654/1975. Nel progetto originario, inoltre, erano previste le definizioni, ai fini della legge penale, dei concetti di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale".

Venendo, ora, ad un esame del disegno di legge Zan, si deve dare fin da subito conto del fatto che le numerosissime polemiche sviluppatesi attorno ad esso hanno riguardato, prima ancora dei contenuti, l'*iter* di approvazione che ha imposto «più di una riflessione sullo stato attuale del procedimento legislativo italiano quando non condizionato dalle scelte procedurali del Governo»³. Le problematiche maggiori si sono presentate, in particolare, in Senato, dove la maggioranza a sostegno del provvedimento poteva contare su margini numerici più ridotti. Più precisamente, è stato evidenziato che, sebbene la maggior parte delle decisioni assunte fossero ampiamente giustificate dall'operare di ben individuabili disposizioni regolamentari, le concrete modalità di loro utilizzo ha rivelato spesso finalità puramente ostruzionistiche. A titolo di esempio, può essere ricordato il ruolo che ha assunto la fase istruttoria dedicata allo svolgimento delle audizioni nella Commissione Giustizia dove quel necessario contributo di esperti teso all'approfondimento di tematiche complesse e delicate come quelle oggetto di discussione è stato utilizzato come grimaldello per rallentare i lavori della Commissione, tanto da indurre la maggioranza a chiedere la calendarizzazione del disegno di legge direttamente in Aula e senza relatore⁴.

La discussione del disegno di legge si è, poi, contraddistinta anche per un ulteriore tratto di assoluta peculiarità che ha suscitato numerose reazioni da parte della pubblica opinione e portato ad una necessaria presa di posizione da parte del Presidente della Camera e del Consiglio. Si sta alludendo alla "Nota verbale" redatta dalla Santa Sede e

³ S. CURRERI, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in GenIUS, 2021, 1 ss. A tale contributo si è fatto riferimento anche per la rapida ricostruzione delle tappe che hanno portato alla non approvazione del disegno di legge.

⁴ Per questi rilievi critici v. *idem*, 16.

pubblicata nella sua versione integrale il 24 Giugno 2021, in cui si segnalava in termini generici che i contenuti del disegno di legge «avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario. Diverse espressioni della Sacra Scrittura, della Tradizione ecclesiale e del Magistero autentico dei Papi e dei Vescovi considerano, a molteplici effetti, la differenza sessuale, secondo una prospettiva antropologica che al Chiesa cattolica non ritiene disponibile perché derivata dalla stessa Rivelazione divina [...]»⁵. Tenendo presente che le note verbali costituiscono una forma ordinaria delle relazioni diplomatiche fra Stati, è stato rilevato che «il metodo internazionalistico seguito [...] non può non essere classificato fra le indebite forme di ingerenza di uno Stato negli affari interni di un altro» e che «la Nota verbale non riguarda una *res mixta*, ma una materia temporale come tale riservata all'ambito statale, e quindi nella sostanza dissimula una questione di costituzionalità, invocando parametri di “divina rivelazione”»⁶.

Sono questi aspetti che, intrecciandosi strettamente con altre branche del diritto quali il diritto costituzionale e il diritto ecclesiastico, dimostrano come il disegno di legge ora esaminato abbia sollevato questioni giuridiche (e politiche) di ampio respiro.

Passando alla presentazione delle singole disposizioni che componevano il disegno di legge⁷, all'art. 1 era contenuta una serie di definizioni cui riferirsi per l'interpretazione della legge. In particolare si affermava che “Ai fini della presente legge: a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico; b) per genere si intende qualunque manifestazione

⁵ Il testo integrale della Nota è consultabile al sito www.vaticannews.va/it/vaticano/news/2021-06/testo-integrale-nota-verbale-segreteria-stato-ddl-zan.

⁶ P. CONSORTI, «*Note verbali*» e discriminazione di genere. Un esempio di ingerenza diplomatica, in *GenIUS*, 2021, 8 ss., il quale, alla luce delle considerazioni di chi ha inquadrato la nota verbale nell'ambito applicativo del principio di collaborazione menzionato all'interno del Concordato del 1984, ha obiettato che, così argomentando, si «eleva un criterio metodologico al livello sostanziale, costituzionalmente definito e pattiziamente ribadito, col risultato indebito di far prevalere la collaborazione sulla separazione e di fatto trascurando il fatto che la laicità va apprezzata quale “principio supremo dell'ordinamento costituzionale”». Lo stesso Autore evidenzia che, con riguardo al problema relativo alla possibile ingerenza con l'educazione impartita nelle scuole di tendenza confessionale dell'istituzione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia e delle conseguenti cerimonie, incontri e iniziative negli istituti scolastici che si sarebbero svolte, «non si vede perché le scuole cattoliche – o espressive di altra tendenza – non dovrebbero rispettare i principi antidiscriminatori e di libertà personale riconosciuti a tutte le cittadine e cittadini». *Contra* M. LUGATO, *La nota verbale della S. Sede sul “DDL Zan” – Profili di diritto internazionale*, 29 Giugno 2021, in www.centrostudilivativo.it, secondo la quale sarebbe «dovere costituzionale del Parlamento verificare in buona fede la fondatezza delle preoccupazioni espresse dalla Santa Sede, al fine di evitare che lo Stato commetta illeciti internazionali, prima di procedere alla approvazione di qualsiasi testo legislativo».

⁷ L. GOISIS, *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *GenIUS*, 2021, 81 ss.

estriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso; c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi; d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione". Queste definizioni coincidevano in parte con quelle del progetto di legge Scalfarotto.

Agli articoli 2 e 3 si prevedeva la modifica degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., sostituendo la rubrica del primo con la dicitura "Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità", inserendo alla fine del primo comma, lettera a) e b), e del secondo comma l'inciso "oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità" e introducendo all'art. 604-*ter* c.p. dopo le parole "o religioso" la medesima formula. Dalla novella sarebbe, dunque, rimasta inalterata la fattispecie di propaganda e l'ipotesi del negazionismo.

L'art. 4 recava una clausola di salvezza della libertà d'espressione stabilendo che "Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti".

L'art. 5, nel considerare il profilo sanzionatorio, contemplava la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena, in assenza di opposizione del condannato, alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività. Alla stessa attività si sarebbe potuto condizionare la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Gli articoli 7, 8, 9 e 10 avrebbero, invece, previsto l'adozione di politiche di promozione della pari dignità e azioni di sostegno a favore delle vittime di reato, in attuazione di quella strategia integrata e multilivello che si è più volte accennata in precedenza e, più in generale, di un bilanciamento di prospettive repressive e preventive. In particolare, il primo istituiva il 17 Maggio la Giornata nazionale contro l'omofobia, la

lesbofobia, la bifobia e la transfobia, al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, in attuazione dei principi di eguaglianza e di pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione. In questa occasione sarebbero state organizzate cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa per perseguire tale finalità, anche con un coinvolgimento diretto delle scuole.

Il secondo assegnava all'UNAR il compito di elaborare con cadenza triennale una strategia per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere. La strategia avrebbe recato la definizione degli obiettivi e l'individuazione di misure relative all'educazione e all'istruzione, al lavoro, alla sicurezza, anche con riferimento alla situazione carceraria, alla comunicazione e ai media. Essa, inoltre, sarebbe stata elaborata nel quadro di una consultazione permanente delle amministrazioni locali, delle organizzazioni di categoria e delle associazioni impegnate nel contrasto delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere e avrebbe individuato specifici interventi volti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni di violenza e discriminazione fondati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere.

Il terzo estendeva l'incremento di quattro milioni di euro per l'anno 2020 da destinare al finanziamento della rete dei centri antidiscriminazione alle vittime dei reati di cui all'art. 604-*bis* e di quelli aggravati ai sensi dell'art. 604-*ter* c.p. e, in generale, alle vittime vulnerabili a cagione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

Da ultimo l'art. 10 attribuiva all'Istituto nazionale di statistica, in collaborazione con l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, il compito di effettuare rilevazioni statistiche con cadenza almeno triennale ai fini della verifica dell'applicazione della legge, della progettazione e realizzazione di politiche per il contrasto della discriminazione e della violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, e del monitoraggio delle politiche di prevenzione. La rilevazione avrebbe dovuto misurare anche le opinioni, le discriminazioni e la violenza subite e le caratteristiche dei soggetti più esposti al rischio, secondo i quesiti contenuti nell'Indagine sulle discriminazioni condotta dall'Istituto nazionale di statistica a partire dal 2011. Questa disposizione, nel riferirsi anche alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, assumeva

un carattere più generale rispetto all'oggetto specifico del disegno di legge e mirava a porre riparo a quel vulnus nella rilevazione dei dati statistici che si è già avuto modo di evidenziare in precedenza⁸.

2. L'orientamento sessuale, il genere, l'identità di genere e la disabilità alla prova della storia e del diritto penale

Un esame preliminare dell'approccio storico e giuridico sui temi dell'orientamento sessuale, genere, identità di genere e disabilità sembra opportuno sia per consentire un migliore inquadramento delle principali critiche mosse al disegno di legge, sia per non restituire una visione asettica di discussioni che si trascinano da tempo.

Il primo aspetto da vagliare riguarda il diverso modo di concepire l'orientamento sessuale e, in particolare, l'omosessualità nel tempo. In dottrina è stato affermato che «quello delle discriminazioni perpetrate dall'ordinamento giuridico a danno di gay, lesbiche e transessuali è un tema di vitale importanza per ogni cittadino: per chiunque si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione; per chiunque aspiri a vivere in una società davvero libera e pluralista, nella quale la diversità rappresenti un valore e non qualcosa da nascondere o al più da tollerare [...]»⁹. Se oggi ci si interroga sull'opportunità di tutelare le persone di fronte alla discriminazione e alla violenza cui queste potrebbero essere esposte in ragione del loro orientamento sessuale, in passato la prospettiva era esattamente opposta¹⁰: a dover essere

⁸ V. cap. I, par. 3; RETE LENFORD, *Documento relativo alle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 8 Giugno 2020, 6 ss., in www.camera.it.

⁹ E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 2012, 1.

¹⁰ R. BAIOTTO, *Audizione in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 21 Maggio 2020, 2, in www.camera.it, secondo il quale «le persone appartenenti a minoranze sessuali e di genere sono state sempre vittime di persecuzioni e violenze: dai campi di concentramento ai campi di rieducazione, dagli elettroshock alle “terapie riparative”. La storia ha visto l'omosessualità e il transgenderismo letti attraverso le lenti della moralità (immoralità), della religione (peccato), della legge (reato), della psicologia e della medicina (malattia) e solo negli ultimi anni si parla

tutelata, cioè, era l'intera società rispetto a condotte o, più semplicemente, modi d'essere, che erano percepiti come moralmente riprovevoli, abominevoli e contronatura e, dunque, meritevoli di essere repressi penalmente, in omaggio ad un legame a doppio filo tra il diritto e la religione¹¹. Constatando la sussistenza di una differenza, questa viene interpretata e seguita da conclusioni di ordine materiale¹²: *in primis*, nel dare seguito ai precetti del Vecchio e del Nuovo Testamento, nonché al pensiero di canonisti seicenteschi, per secoli il supplizio del rogo, in memoria dell'incendio di Sodoma, fu la pena più comunemente contemplata dalle legislazioni e dai codici¹³. Sebbene a partire dall'affermazione dell'Illuminismo giuridico ci si sia affrancati dall'idea di punire l'omosessualità, in quanto reato senza vittima, secondo il pensiero di Bentham, e di difficile accertamento probatorio, come indicato da Beccaria ne *Dei delitti e delle pene*¹⁴, non venne, tuttavia, meno (com'è evidente anche solo dal fatto che gli illuministi comunque continuino a parlare di reato) il giudizio di ripugnanza di questa qualità personale. Una simile prospettiva trovava conforto in discussioni che qualificavano l'omosessualità come una malattia dalla quale si sarebbe potuti guarire e, con l'avvento

di visibilità e diritti»; nello stesso senso M. GRAGLIA, *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale e/o di identità di genere*, 27 Maggio 2020, 1 ss., in www.camera.it, la quale evidenzia che «le discipline psicosociali hanno oramai abbandonato le ricerche sulle origini degli orientamenti non eterosessuali per concentrarsi sulle origini e le conseguenze degli stereotipi, dei pregiudizi e delle discriminazioni e sui dispositivi sociali più efficaci per decostruire le credenze negative e per creare contesti inclusivi. Uno spostamento fondamentale: il focus si è da tempo spostato dall'omosessualità all'omofobia»; D. BORRILLO, *Omofobia: violenza, vulnerabilità e invisibilità*, in *GenIUS*, 2020, 81, dove si sottolinea che «lo spostamento dell'oggetto d'analisi verso l'omofobia corrisponde ad un cambiamento tanto epistemologico che politico. Epistemologico, dal momento che non si tratta tanto di conoscere o di comprendere l'origine e il funzionamento dell'omosessualità, quanto di analizzare l'ostilità suscitata da questa specifica forma di orientamento sessuale. Politico, poiché non è più la questione omosessuale (in fin dei conti banale dal punto di vista istituzionale) ma proprio la questione omofobica che merita oggi di essere affrontata in quanto tale».

¹¹ G. DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Milano, 2015, 19 ss.

¹² D. BORRILLO, *op. cit.*, 82.

¹³ M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 11, dove si afferma che «il diritto si è storicamente fatto tramite di interdetti feroci, di discriminazioni formalizzate, di vere e proprie persecuzioni. Proprio per aver vestito quest'abito, ancora non del tutto dismesso, è giusto definirlo "abominevole"»; solitamente i precetti biblici assunti a riferimento sono tratti dal libro del Levitico in cui si afferma che «Non ti coricherai con un uomo come si fa con una donna: è cosa abominevole [e] chiunque praticherà qualcuna di queste abominazioni, ogni persona che le commetterà, sarà eliminata dal suo popolo»; nel Nuovo Testamento nelle Lettere di san Paolo si legge che «Egualmente anche gli uomini, lasciando il rapporto naturale con la donna, si sono accesi di passione gli uni per gli altri, commettendo atti ignominiosi uomini con uomini, ricevendo così in se stessi la punizione che s'addiceva al loro traviamiento». Papa Pio V qualificò la sodomia come "*horrendum illud scelus*".

¹⁴ E. DOLCINI, *op. cit.*, 2; L. GOISIS, *op. cit.*, 463; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. BURGIO, Milano, 2010, 90 ss.

del positivismo, come causa di pericolosità sociale¹⁵. Questa stigmatizzazione è stata (ed è tutt'ora in taluni contesti) utilizzata per imporre pratiche di sterilizzazione, terapie ormonali, interventi chirurgici, valutazioni psichiatriche, nonché dannosi programmi di conversione, basati sull'assunto indimostrato che l'orientamento sessuale sia frutto di una libera scelta e come tale suscettibile di essere modificato¹⁶. È solo in tempi che possono essere considerati piuttosto recenti che si è arrivati a riconoscere che tali teorie sono totalmente prive di qualsiasi base scientifica, posto che è esclusivamente a partire dal 1973 che l'omosessualità egosintonica (cioè l'omosessualità verso la quale la persona non prova disagio) è stata eliminata dall'elenco delle psicopatologie contenuto nel Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (*DSM*), mantenendo quella egodistonica fino al 1987. Addirittura, soltanto nel 1990 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha provveduto a rimuoverla dall'*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)*¹⁷.

È sulla base di questo sostrato giuridico e culturale che, con l'avvento dei regimi totalitari, tali concetti sono stati ripresi seppure non più nella prospettiva diritto-religione, bensì nel binomio Stato-individuo, nel tentativo di modificare e controllare ogni aspetto della vita individuale e collettiva dei cittadini¹⁸. Peraltro, le strategie intraprese dal regime nazista e fascista, nella loro atrocità, non furono sovrapponibili¹⁹. In Germania già nel 1871 era stata approvata una disposizione, l'art. 175 *StGB*, che criminalizzava i rapporti sessuali tra persone di sesso maschile. Nonostante l'introduzione di questa, a partire dall'iniziativa di un medico che mirava alla sua abolizione, si era venuta a creare una

¹⁵ G. DALL'ORTO, *op. cit.*, 445 ss.

¹⁶ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR), *Pathologization: Being Lesbian, Gay, Bisexual and/or Trans is Not an Illness*, 12 Maggio 2016, in www.oas.org; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *op. cit.*, 25, dove si afferma che «il diritto e la medicina si sono unite in una stretta alleanza»; CONSIGLIO D'EUROPA, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2014, 23, in www.coe.int; ORDINE DEGLI PSICOLOGI DELLA REGIONE EMILIA ROMAGNA, *Il no dell'Ordine degli Psicologi dell'Emilia Romagna alle terapie riparative*, 2011, 3 ss., dove si evidenzia che «l'APA esprime anche la preoccupazione che il diffondersi di queste terapie, e relative teorie, contribuisca all'aumentare i pregiudizi e le discriminazioni sociali e – di conseguenza – le condizioni di stress per gli individui e le loro famiglie»; WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Ending violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, 2015, in www.who.int; v. anche cap. 1, par. 1.1. dove questi profili sono già stati illustrati.

¹⁷ F. SACCOMANDI, *Spesso non binarie, sempre non conformi: la "piena depatologizzazione" delle soggettività trans*, in *GenIUS*, 2020, 93, nota 12.

¹⁸ L. BENADUSI, *La storia dell'omosessualità maschile: linee di tendenza, spunti di riflessione e prospettive di ricerca*, in *Rivista di Sessuologia*, 2007, 7.

¹⁹ E. DOLCINI, *op. cit.*, 7; *Omocausto. Lo sterminio dimenticato degli omosessuali*, 2, in www.arcigay.it; CIRCOLO PINK (a cura di), *Le ragioni di un silenzio. La persecuzione degli omosessuali durante il nazismo e il fascismo*, Verona, 2002, 1 ss.

fiorente comunità omosessuale. Tuttavia, con l'ascesa del nazismo gli omosessuali vennero accusati di derubare i tedeschi dall'ultima possibilità di liberarsi dalle catene che lo rendevano schiavo, intaccandone la "sana mascolinità" e la capacità riproduttiva. Un anno dopo la presa del potere da parte di Hitler venne istituita la *Reichzentrale zur Bekämpfung der Homosexualität* (Centrale dell'impero per combattere l'omosessualità), speciale reparto della Gestapo avente il compito di stilare le c.d. liste rosa, in cui erano raccolti i dati relativi agli omosessuali o sospetti tali. Nel 1935 venne modificato l'art. 175 verso un inasprimento delle pene e una estensione della sua portata applicativa, arrivando a punire anche le mere fantasie omosessuali²⁰. L'anno successivo venne creato l'Ufficio Centrale del Reich per combattere l'omosessualità e l'aborto, entrambi ritenuti crimini contro la razza ariana, e iniziarono le deportazioni di massa verso i campi di concentramento dove gli omosessuali venivano indicati con un triangolo rosa, simbolo teso a ridicolizzarne la mascolinità percepita come assente²¹. Nei campi di concentramento gli omosessuali vennero sottoposti ad una serie di aberranti esperimenti tesi al raggiungimento di una loro guarigione, in attuazione di quelle pseudo-teorie scientifiche cui prima si faceva cenno.

In Italia, invece, l'omosessualità era stata oggetto di depenalizzazione già con l'approvazione del Codice Zanardelli. A seguito dell'avvento del regime fascista e del mito della virilità come garanzia del perpetuarsi di una razza di dominatori e amatori

²⁰ È necessario sottolineare che l'art. 175 non puniva l'omosessualità femminile non perché essa fosse tollerata, ma perché si riteneva che l'attività omosessuale fra donne non fosse così diffusa e non richiedesse comunque punizioni esemplari sia perché le donne avrebbero avuto un minor peso nella società e nel pubblico impiego sia perché esse non sarebbero state impedito come "agenti procreativi". Ciò non toglie che molte lesbiche siano state rinchiuso in ospedali psichiatrici e costrette a seguire programmi di rieducazione, mentre altre furono indirizzate nei campi di sterminio. V. *Omocausto*, cit., 9; v. anche D. BORRILLO, *op. cit.*, 85, dove si afferma che «se le lesbiche furono perseguitate in modo meno visibile dei gay, ciò non significa che vi sia stata una maggiore tolleranza nei loro confronti. Al contrario, quest'indifferenza è solo il segno di un disprezzo ancora più profondo, riflesso di una misoginia che, nel fare della sessualità femminile uno strumento del desiderio maschile, rende impensabili le relazioni erotico-affettive tra donne [...]. Il disdegno degli uomini per la sessualità femminile, compresa quella lesbica – pensata come inoffensiva – si trasforma in violenza quando le donne contestano lo statuto assegnatole dal loro sesso, ovvero quando rifiutano di essere mogli e madri. Un secolo di antifemminismo testimonia l'odio nei confronti delle lotte di liberazione delle donne. Se rifiutano la maternità, le donne diventano un pericolo per esse stesse e per la società, poiché nel virilizzarsi mettono in pericolo non solo la loro identità, ma anche e soprattutto l'equilibrio demografico. Allorché cominciarono le rivendicazioni femministe, i medici reagirono con forza dichiarando che queste donne emancipate erano delle depravate "che preferivano il laboratorio alla cameretta dei loro bimbi" [...]. Come dice Christine Bard, "sfidando con la loro semplice esistenza la norma di un sesso destinato "per natura" al matrimonio e alla maternità, le lesbiche vengono spontaneamente associate alle femministe che contestano questi "destini". Antifemminismo e lesbofobia s'alimentano reciprocamente, essendo la lesbofobia una risorsa efficace per la rappresentazione di un femminismo "contro natura" e "immorale"».

²¹ R. PLANT, *The Pink Triangle. The Nazi War Against Homosexuals*, New York, 1986, 105 ss.

sempre armati, uomini fatti per il comando e per il predominio sessuale²², venne proposto senza successo di tornare a criminalizzare l'omosessualità, poiché essa avrebbe danneggiato la stirpe in quanto all'origine della degradazione psichica di chi ne era affetto e della perversione dell'istinto sessuale, con inevitabili ricadute sulla procreazione²³. La ragione di questa mancata penalizzazione dell'omosessualità è da rinvenire in una sorta di “politica del silenzio” con la quale lo Stato rinunciava a perseguire gli omosessuali, ritenuti presenti in numero esiguo, a patto che questi non assumessero condotte che rendessero evidente la loro omosessualità²⁴. Nonostante l'assenza di un apparato statale destinato allo sterminio, come accaduto in Germania, gli omosessuali italiani furono comunque oggetto di soprusi e violenze e molti furono destinati al confino, misura consistente nella residenza coatta in un luogo lontano da quello in cui la persona abitava, con limitazioni della libertà personale e condizioni di vita penose.

Gli avvenimenti che hanno contraddistinto l'epoca storica di dominio del fascismo e nazismo non rappresentano altro se non l'estremizzazione e, per certi versi, razionalizzazione normativa (soprattutto nell'esperienza tedesca) di secoli di discriminazioni ed intolleranza perpetrate a danno degli omosessuali, ampiamente diffuse, comunque, anche negli anni successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale²⁵, e oggi riassumibili con il termine “omofobia”. Questo termine «si usa per

²² L. BENADUSI, *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Milano, 2021, 52.

²³ E. DOLCINI, *op. cit.*, 6; G. DALL'ORTO, *op. cit.*, 520 ss.

²⁴ L. GOISIS, *op. cit.*, 468, nota 31; *Omocauto*, cit., 11 ss, dove si afferma che «la caratteristica principale della politica fascista fu caratterizzata dall'inasprimento della tradizionale repressione morale, ma non penale: dopo aver rifiutato la penalizzazione dell'omosessualità in quanto “vizio” estraneo al carattere italico, perseguirlo ufficialmente significava ammetterne l'esistenza e dargli una rilevanza prima negata».

²⁵ Si deve, infatti, rammentare che, ad esempio, l'art. 175 *StGB* come modificato durante la dittatura nazista rimarrà in vigore fino al 1969; negli Stati Uniti è l'Illinois il primo Stato ad abolire il delitto di sodomia, ma solo nel 1961. Ancora, nel 1986 la Corte Suprema statunitense nel *caso Bowers* negò che la repressione penale degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso violasse il diritto alla vita privata dell'individuo in ragione del fatto che le prescrizioni penali concernenti questo tipo di condotte erano profondamente radicate nella storia. V. a questo proposito, E. DOLCINI, *op. cit.*, 3; è opportuno ricordare che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, un'ulteriore ragione di discriminazione e stigmatizzazione è stata rappresentata dalla presunta responsabilità delle sole persone omosessuali nella diffusione dell'HIV. Cfr. AA.VV., *HIV-related stigma within communities of gay men: a literature review*, in Psychological and Socio-medical Aspects of AIDS/HIV, 2011, 405 ss.; G.M. HEREK, *Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A conceptual Framework*, in D.A. HOPE, *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities*, New York, 2009, 90. Questi atteggiamenti di discriminazione ed intolleranza sono stati ben fotografati da un'indagine dell'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) del 2012 condotta su un campione rappresentativo della popolazione italiana di 7.725 individui: fra questi il 41,4% ha dichiarato che non fosse accettabile avere una persona LGBT come insegnante di scuola elementare, il 28,1% come medico, il 24,8% come politico, il 22,8% come amico, il 20,1% come collega. Il 55,9% degli intervistati affermò che “se gli omosessuali fossero più discreti sarebbero meglio accettati”, il 29,7% che “la cosa migliore per un

indicare i sentimenti negativi e di intolleranza che si possono provare nei confronti di uomini e donne omosessuali. Più in particolare, un insieme di emozioni e sentimenti quali ansia, disgusto, avversione, rabbia, paura e disagio che gli eterosessuali provano, consapevolmente o inconsapevolmente nei confronti di gay e lesbiche»²⁶. Da un punto di vista sociologico è stato affermato che l'omofobia deriverebbe da una serie di costrutti, riflesso di convinzioni socialmente condivise e radicate, ovvero lo stigma sessuale, l'eterosessismo e il pregiudizio sessuale²⁷. Il primo indica la considerazione negativa di ogni comportamento, identità, relazione o comunità non eterosessuale; il secondo consiste nella convinzione secondo cui l'unico orientamento sessuale possibile e concepibile sia solo quello eterosessuale; il terzo indica l'atteggiamento individuale negativo sulla base dell'orientamento sessuale. Quindi, riassumendo, «il termine “omofobia” designa due aspetti differenti: una dimensione psicologica individuale, di natura affettiva, che si manifesta attraverso il rifiuto degli omosessuali, e una dimensione sociale, di natura cognitiva, in cui l'omofobia è un fenomeno riconducibile all'ambito della discriminazione e del pregiudizio al pari della xenofobia e dell'antisemitismo»²⁸, e, ancora, «accettata nella sfera intima della vita privata, l'omosessualità diviene insopportabile nel momento in cui rivendica pubblicamente la sua equivalenza con l'eterosessualità. L'omofobia è la paura che quest'identità di valore venga riconosciuta»²⁹.

A livello internazionale, sempre sotto il profilo definitorio, si segnalano le Risoluzioni sull'omofobia del Parlamento europeo del 2006 e del 2012. La prima identifica l'omofobia con “una paura e un'avversione irrazionale nei confronti

omosessuale sia non dire agli altri di esserlo”. V. G. VIGGIANI, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in GenIUS 2021, 112 ss.

²⁶ S. CURRÒ, A. RIZZO, *Omofobia e omicidio in Italia: un'analisi psicologica*, in Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, 2014, 121.

²⁷ G.M. HEREK, *Beyond “homophobia”: Thinking About Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in Sexuality Research & Social Policy, 2004, 13 ss.

²⁸ S. CURRÒ, A. RIZZO, *op. cit.*, 122, le quali chiariscono che, laddove l'intolleranza sia manifestata dalla persona esclusivamente nei riguardi delle lesbiche (in questo caso si parla di omofobia specifica), essa «costituisce una particolarità all'interno di un'altra: la lesbica infatti è oggetto di una violenza particolare definita da un duplice disprezzo basato sul fatto di essere una donna e di essere omosessuale per cui si sommano la discriminazione nei confronti del genere e quella nei confronti della sessualità»; D. BORRILLO, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Parigi, 2001, 7, dove si afferma che «come la xenofobia, il razzismo o l'antisemitismo, l'omofobia è una manifestazione arbitraria che consiste nel definire l'altro come “contrario”, inferiore o anomalo. Nella sua irriducibile differenza, l'altro viene situato altrove, al di fuori dell'ambito comune degli esseri umani».

²⁹ D. BORRILLO, *Omofobia: violenza, vulnerabilità e invisibilità*, cit., 83.

dell'omosessualità e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo"³⁰, che "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". Di identico tenore la Risoluzione 2012/2657.

A fronte della regressione di molti Stati europei (e non) che hanno iniziato ad adottare misure normative tese ad istituzionalizzare una sistematica discriminazione della comunità LGBTIQ³¹, il Parlamento europeo, con Risoluzione 2021/2557, ha dichiarato l'Unione Europea una "zona di libertà per le persone LGBTIQ".

Diversa dall'orientamento sessuale è la questione attinente al genere, entro cui vengono fatte solitamente rientrare gli atti di discriminazione a vario titolo subiti dalle donne. Questo può essere inteso come «ruolo differenziato attribuito socialmente

³⁰ L'accostamento tra il razzismo e l'omofobia è stato al centro di una vicenda giudiziaria peculiare che ha riscosso molta attenzione sui media: si sta facendo riferimento all'imputazione di propaganda d'odio razziale e diffamazione aggravata formulata dalla Procura di Forlì nei riguardi di alcuni esponenti di Forza Nuova che, in occasione delle prime celebrazioni di unioni civili a Cesena, avevano tappezzato la città di manifesti e inscenato un finto funerale con abiti militari neri, occhiali scuri e teste rasate, richiamando la simbologia nazi-fascista accompagnati da una bara e un manifesto con scritto: "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. Matrimonio gay, funerale d'Italia. L'Italia ha bisogno di figli, non di omosessuali". Il Tribunale di Forlì condannò tutti gli imputati solo per il reato di diffamazione aggravata, 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 fondano sull'identità sessuale degli individui». V. A. CIRELLI, "Quest'unione civile non s'ha da fare": il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo, in GenIUS, 2021, 131 ss. L'Autore critica l'orientamento assunto da parte del Tribunale sulla base del fatto che «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», qualificando questa operazione come un'ammessa interpretazione teleologica ed estensiva.

³¹ Fra queste nella stessa risoluzione sono menzionate le decisioni di più di cento regioni, distretti e comuni polacchi con cui essi hanno dichiarato di essere zone libere dalla cosiddetta ideologia LGBT e di invitare ad astenersi da qualunque misura atta a incoraggiare la tolleranza nei confronti delle persone LGBT, il divieto di una città ungherese di diffondere e promuovere la propaganda LGBT, la categorizzazione della diversità sessuale e di identità come "ideologia pericolosa", l'aumento dei discorsi d'odio da parte delle autorità pubbliche polacche e dei media filogovernativi, l'arresto di attivisti per i diritti LGBT. Il Parlamento evidenzia altresì che i Paesi in cui si sono verificati tali fatti sono protagonisti di un più ampio deterioramento della democrazia, dello Stato di diritto e della tutela dei diritti fondamentali, tra cui, in particolare, in Polonia un profondo *vulnus* dell'indipendenza della magistratura.

all'uomo e alla donna, una differenza non più solo corporea, ma di tipo culturale, sociale, economico e storico»³². Da questa prospettiva «la differenza di genere – ove per genere s'intende appunto il sesso e i rapporti di sesso storicamente e socialmente costruiti – è quella determinata non dalla natura, bensì dalle convenzioni e dalle dinamiche socio-culturali, e designa, in opposizione al sesso, che si riferisce al sostrato fisico e biologico delle differenze sessuali, delle distinzioni tra maschio e femmina, i ruoli socialmente e politicamente costruiti che una data società ritiene appropriati per le donne e gli uomini, e sui quali costruisce la ineguale distribuzione del potere e la posizione di subalternità delle donne, che rende possibile il mantenimento della posizione di dominio maschile e le conseguenti discriminazioni tra i sessi»³³.

La storia dell'umanità dipanatasi attraverso i secoli mostra sempre, in un modo o nell'altro, l'immagine della donna come essere (non necessariamente umano) negativo. Ad esempio, questa è stata variamente accusata di costituire un pericolo per la salute dell'uomo sia fisica che morale, di essere un castigo divino (la figura di Pandora in questo caso è paradigmatica), la fonte del peccato originale, il tramite del diavolo, la causa di contagi ed epidemie, moralmente ed intellettualmente deficitaria, governata da una biologia primitiva tale da renderla ostile alla civilizzazione³⁴. Anche se gli esempi potrebbero senza sforzi proseguire, la costante è la descrizione della donna come soggetto inferiore rispetto all'uomo e destinata ad essere da questo dominata.

Poiché gli aspetti culturali e quelli giuridici sono tra loro intrinsecamente connessi, attraverso la lente del genere così ricostruito si può notare come, anche con riguardo ai reati subiti o commessi da donne, gli ordinamenti giuridici hanno riservato trattamenti differenziati. Così, ad esempio, partendo dal presupposto per cui secondo gli Illuministi

³² L. GOISIS, *op. cit.*, 344; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2015, 14 ss., dove si afferma che «il termine “genere” (traduzione dall'inglese gender), spesso portatore di discriminazione sessista, ha un significato più ampio rispetto alla fisionomia originaria della dicotomia “uomo-donna”, “maschile-femminile”, secondo cui genere è il sesso biologico, l'universo genitale nel quale si nasce (maschio o femmina); e viene usato con una connotazione legata al ruolo differenziato assegnato socialmente e culturalmente all'uomo e alla donna, prima nella famiglia (il nucleo primario di aggregazione e convivenza), e poi, quando la donna tenta di affrancarsi dalla subordinazione familiare per conquistare un suo ruolo all'esterno della famiglia, nella stessa società. Cioè per indicare non solo la differenza naturale (sessuale o biologica) tra i generi, quanto piuttosto la derivazione culturale di questa differenza, non più, o non soltanto, corporea, o appartenente al regno della natura, ma di tipo storico-economico-sociale».

³³ A. MERLI, *op. cit.*, 16; dà un'identica qualificazione M. DIAMOND, *Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different*, in *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 2002, 322 ss.

³⁴ D.D. GILMORE, *Misogyny. The male malady*, Philadelphia, 2001, 2 ss.

la donna non sarebbe stata qualificabile come soggetto di diritto, continuarono a permanere fino alla fine XVIII secolo disposizioni mutuata dall'*ancien régime* in cui la lesa maestà e la rapina da strada erano ritenute molto più gravi della violenza sessuale; quest'ultima era considerata un crimine contro la moralità, non contro la persona, qualificazione che perdurerà anche in Italia fino al 1996, e rilevava solo in quanto furto della proprietà altrui, in particolare maritale. Inoltre la vittima era subito sospettata, presumendosi in lei una porzione di responsabilità³⁵.

Non sono mancati, poi, orientamenti giurisprudenziali che oggi dovrebbero far suscitare non poche perplessità se non fosse che periodicamente la stampa dà conto di pronunce che rievocano quegli stessi concetti e modi di pensare retri³⁶: basta richiamare alla mente il fatto che nel 1954 la Corte di Cassazione rese una sentenza in cui affermò che si dovesse escludere la violenza «nel caso in cui la vittima, dopo aver opposto resistenza alla violenza usata dal soggetto attivo, lasciandosi infine travolgere dall'amore e dall'eccitazione dei sensi, si sia abbandonata all'amplesso»³⁷ e, ancora, nel 1999, sempre la Cassazione arrivò a supporre che, perché si potesse configurare violenza, la vittima fosse tenuta ad opporre resistenza, dal momento che «è istintivo, soprattutto per una persona giovane, opporsi con tutte le sue forze a chi vuole violentarla» ed «è illogico affermare che una ragazza possa subire passivamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più gravi offese alla propria incolumità fisica»³⁸.

Infine, non può non essere menzionato il c.d. delitto d'onore: l'art. 587 c.p., abrogato solo nel 1981, prevedeva che chi avesse cagionato “la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne avesse scoperto la illegittima relazione carnale e

³⁵ L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di “genere”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 4 ss.; G. VIGARELLO, *Storia della violenza sessuale*, Venezia, 2001, 35 ss.

³⁶ La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sentenza 27 Maggio 2021, n. 5671/16 ha condannato l'Italia al risarcimento del danno morale subito da una giovane donna la quale non era stata riconosciuta come vittima di violenza sessuale in ragione di un'ingiustificata valorizzazione del suo orientamento sessuale, della condizione familiare, delle scelte di abbigliamento e delle attività artistiche e culturali svolte. La stessa denuncia avrebbe assunto, secondo i giudici della Corte d'Appello di Firenze, un discutibile momento di debolezza e fragilità che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare e rimuovere.

³⁷ E. MEZZEO, E. TURILLAZZI, *Repressione della violenza sessuale*, in G.A. NORELLI, C. BUCCELLI, V. FINESCHI (a cura di), *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova, 2014, 427.

³⁸ Corte Cass., Sez. III, 10 Febbraio 1999, n. 1636; E. MEZZEO, E. TURILLAZZI, *op. cit.*, 427; S. DI PINTO, “Amore per forza” e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, in *Osservatorio penale*, 31 Marzo 2014, 17.

nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia", sarebbe stato punito con la reclusione da tre a sette anni.

Se nell'immagine della donna come vittima della commissione di un reato per mano maschile gli stereotipi che la circondano sono palesi, lo stesso si può affermare anche per la donna-delinquente: «storicamente, la donna deviante, che cioè contravveniva alle regole che la società (maschile) si era data, non è mai stata considerata come portatrice cosciente di ribellione o di disagio sociale, ma, in ragione della sua inferiorità biologica e psichica, come una "posseduta" (ad esempio strega) o malata di mente (ad esempio isterica). Questo perché non si poteva ammettere, culturalmente, che una donna potesse consapevolmente decidere e praticare l'uscita dal perimetro delle regole. È evidente come tale lettura debba essere ricondotta ad un sistema culturale di potere maschile in cui la devianza veniva considerata come una possibile "caratteristica" dell'uomo che doveva affrontare la lotta sociale per la sopravvivenza e che, conseguentemente, mancava alle donne che invece, inferiori biologicamente e influenzate dagli ormoni, "stavano a casa" e non avevano necessità di lottare»³⁹.

Da questi rapidi esempi si può ben comprendere come il diritto abbia introiettato in sé quello che è stato definito come «il più antico, radicato e diffuso pregiudizio che la vicenda umana è stata in grado di produrre»⁴⁰.

Di pari passo con lo sviluppo di una diversa coscienza civile sospinto dai movimenti femministi e dalla comunità internazionale, l'universo giuridico ha, però, iniziato a mutare aspetto ponendo le donne e la questione di genere al centro di una molteplicità di interventi. Tra i molti atti che possono essere ricordati si menziona la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, dove la discriminazione è considerata il fattore all'origine della posizione di subordinazione della donna nella società; la Conferenza Mondiale sulla Donna, tenutasi a Pechino, da cui è scaturito l'obbligo per gli Stati delle c.d. "5P"⁴¹; la Convenzione di Istanbul, dove la violenza contro le donne viene definita come "violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere

³⁹ M.L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 1.

⁴⁰ P. ERCOLANI, *Contro le donne. Storia e critica del più antico pregiudizio*, Venezia, 2016, 2.

⁴¹ *To promote, promuovere una cultura non discriminatoria; to prevent, adottare misure che prevengano la violenza maschile sulle donne; to punish, perseguire i crimini commessi ai danni delle vittime femminili; to prosecute compensation, risarcire le vittime di violenza di genere.*

che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata”. Lo stesso conio del termine femminicidio si fa portavoce di una mutata consapevolezza, in quanto frutto della presa di coscienza del fatto che vi sono casi in cui l’uccisione di una donna non è determinata da altro se non dall’essere donna⁴².

Ciò che, tuttavia, continua a permanere, per poi esplodere in contesti meno controllati come il *web*⁴³, è quella tipica mentalità sessista e misogina⁴⁴ che rende la donna «oggetto di pubblico ludibrio e di discriminazione violenta», accusata di essere la causa della riduzione delle opportunità sociali, politiche ed economiche degli uomini, colpita nel suo aspetto fisico, considerata come mero oggetto sessuale, invitata a tacere e ad occuparsi solo di questioni che le si addicano, privata del riconoscimento delle più minime forme di libertà di scelta e reputata mero strumento per permettere all’uomo di dimostrare la sua superiorità⁴⁵. In particolare, alcuni studi internazionali hanno messo in evidenza che, sebbene i contenuti pubblicati *online* tendano a replicare gli atteggiamenti patriarcali radicati nella vita *offline*, essi assumono toni più sinistri e pericolosi, in ragione del fatto che sempre più spesso compaiono spazi virtuali dichiaratamente ostili alle donne, volti a “silenziare” queste ultime e con l’obiettivo di estendere la loro influenza sull’intera sfera della realtà sociale⁴⁶. Quell’idea di Internet come spazio di partecipazione egualitaria di *tutti* gli utenti diventa, così, chiaramente solo un mito.

Diverso e più problematico è l’inquadramento delle persone transgender nelle questioni di genere, in ragione del fatto che, anche sulla base dei rapidi cenni precedenti, solitamente il termine “genere” viene utilizzato per indicare il rapporto sociale intercorrente tra l’uomo e la donna⁴⁷. Di conseguenza, se con l’aggettivo “transgender”

⁴² L. GOISIS, *op. cit.*, 385; D. RUSSELL, *The Origin and Importance of Term Femicide*, 2011, in www.dianarussell.com.

⁴³ V. cap. I, par. 3.

⁴⁴ La misoginia è stata definita come irragionevole paura, odio o disgusto manifestato nei riguardi delle donne come categoria sociale indifferenziata. Cfr. D.D. GILMORE, *Misogyny*, cit., 9.

⁴⁵ G. RUFINI, *Barometro dell’odio. Sessismo da tastiera*, 2020, 3, in www.amnesty.it; P.A. DIGNAM, D.A. ROHLINGER, *Misogynistic Men Online: How the Red Pill Helped Elect Trump*, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2019, 600 ss.; D. GING, E. SIAPERA, *Special issue on online misogyny*, in *Feminist Media Studies*, 2018, 515 ss.

⁴⁶ K. BARKER, O. JURASZ, *Online Misogyny as a Hate Crime: An Obstacle to Equality?*, in *GenIUS*, 2021, 52 ss.

⁴⁷ AA.VV., *Gender Differences in Correlates of Homophobia and Transphobia*, in *Sex Roles*, 2008, 522; N. PALAZZO, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, in *GenIUS*, 2021, 13 ss.

si indicano tutte le persone la cui identità e il cui comportamento non riflette il sesso biologico, è evidente che in questo caso non si sta discutendo dei rapporti di forza che disciplinano l'universo maschile e femminile, ma si sta riponendo l'attenzione sulla singola persona e sul modo in cui questa percepisce sé stessa, indipendentemente, peraltro, dal suo orientamento sessuale e da eventuali percorsi di transizione (in questo caso si deve, infatti, parlare più correttamente di persona transessuale)⁴⁸. È per queste ragioni che, anziché di genere, si è soliti parlare di identità di genere.

La possibilità di trascendere il binarismo di genere è stata concepita in modo diverso nella storia: se nel mondo greco e latino si trattava di un fenomeno accettato, addirittura imposto per la celebrazione di alcune cerimonie e rituali, con l'affermarsi delle religioni monoteiste tutti i comportamenti e atteggiamenti atipici di genere iniziarono ad essere moralmente condannati e rigidamente regolamentati. È solo a partire dalla seconda metà del XIX secolo che le questioni afferenti all'identità di genere vengono sottratte al monopolio repressivo della religione, per sfociare in un processo di medicalizzazione ad opera della medicina e della psicologia, con esiti non meno nefasti. Al binomio “persona transgender – peccatore”, che non scompare, si aggiunse così quella di “persona transgender – malato”, riconducendo ad un universo conosciuto (quello della malattia, appunto) un fenomeno che alterava un ordine simbolico, mettendo in crisi la struttura della complementarità dei sessi e costituendo una minaccia per le gerarchie di potere su cui si basa il genere⁴⁹.

Alla luce della difficoltà che viene spesso manifestata nel non poter pensare secondo una logica binaria uomo-donna legata al dato biologico, è perfettamente comprensibile quale possa essere il clima di diffidenza ed intolleranza che le persone transgender (e anche transessuali) sono costrette a fronteggiare. È stato, infatti, evidenziato che, da una parte, queste vengono indotte a trovare soluzioni di compromesso per non svelare la propria identità e, dall'altra, laddove decidano di renderla pubblica,

⁴⁸ M. DIETERT, D. DENTICE, *Gender Identity Issues and Workplace Discrimination: The Transgender Experience*, in *Journal Workplace Rights*, 2009, 122; M. DIETERT, *Living in a gender dichotomized society: The experiences of male-identified transpeople*, Texas Woman's University, 2009, 17 ss.; S. VIDAL-ORTIZ, *Queering Sexuality and Doing Gender: Transgender Men's Identification With Gender and Sexuality*, in *Gender Sexualities*, 2002, 182 ss.; P. VALERIO, A.L. AMODEO, C. SCANDURRA, *Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transgender. Una guida dei termini politicamente corretti*, 2013, 8, in www.consultoriotransgenere.it; M. DIAMOND, *op. cit.*, 330.

⁴⁹ P. VALERIO, C. SCANDURRA, F. MEZZA, *Transfobia e pressione sociale*, in *GenIUS*, 2019, 84 ss.

sono esposte al rischio di subire ripercussioni anche gravi⁵⁰. A questo proposito si è soliti parlare di transfobia per intendere «l'avversione, prodotta da pregiudizi, nei confronti di persone trans» che «può portare a comportamenti discriminanti nella società o nel lavoro, fino a manifestazioni di aggressività violenta»⁵¹. Secondo un'altra definizione la transfobia sarebbe «disgusto emotivo nei confronti di individui che non conformano alle aspettative di genere della società»⁵². Una parte della letteratura mette, poi, in evidenza che i comportamenti discriminatori perpetrati ai danni delle persone transgender e transessuali sarebbero il risultato della credenza per cui il genere di ognuno sarebbe inevitabilmente legato al sesso biologico (c.d. genderismo). Proprio come l'eterosessismo è una visione del mondo che considera come naturale solo ed esclusivamente l'eterosessualità, il genderismo, dunque, è una visione del mondo che riconosce come “naturali” solo due generi assolutamente distinti⁵³. L'atteggiamento che la società riserva alle persone trans si è, per di più, rivelato immutato nel corso del tempo: chi trasgredisce le regole di genere convenzionalmente imposte è destinato a rimanere sempre nel gradino più basso della scala gerarchica dell'accettabilità⁵⁴.

Si deve, peraltro, dare conto del fatto che, contrariamente a quanto accade per l'omosessualità, il transessualismo è considerato ancora oggi una patologia, più precisamente una disforia di genere, a condizione che vi sia una forte e persistente identificazione con il sesso opposto unita ad un perdurante malessere riguardo al proprio sesso o senso di estraneità riguardo al ruolo sessuale del medesimo⁵⁵.

⁵⁰ M. DIETERT, D. DENTICE, *op. cit.*, 137 ss.

⁵¹ C. D'IPPOLITI, A. SCHUSTER (a cura di), *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Roma, 2011, 26, il quale prosegue affermando che «la transfobia, in estrema sintesi, può essere intesa come una forma di discriminazione, di stigma sociale, nei confronti di quegli individui che non si conformano alle tradizionali norme del sesso e del genere».

⁵² D.B. HILL, B.L.B. WILLOUGHBY, *The development and validation of the genderism and transphobia scale*, in *Sex Roles*, 2005, 533.

⁵³ D.B. HILL, *Genderism, transphobia and gender bashing: a framework for interpreting anti-transgender violence*, in B. WALLACE, R. CARTER (a cura di), *Understanding and dealing with violence: a multicultural approach*, Londra, 2002, 113 ss.

⁵⁴ AA.VV., *Gender Violence. Transgender Experiences with Violence and Discrimination*, in *Journal of Homosexuality*, 2008, 90; J. NORTON, “Brain Says You’re a Girl, But I Think You’re a Sissy Boy”: *Cultural Origins of Transphobia*, in *International Journal of Sexuality and Gender Studies*, 1997, 150, dove si afferma che in particolare gli uomini manifesterebbero il timore che ammettere che una persona di sesso maschile possa assumere atteggiamenti tipicamente femminili implicherebbe aprire le porte alla “femminilizzazione” di tutti gli uomini, facendo venire meno la superiorità maschile sull’inferiorità femminile.

⁵⁵ C. D'IPPOLITI, A. SCHUSTER (a cura di), *op. cit.*, 28; F. SACCOMANDI, *op. cit.*, 93 ss.

Infine, un sostrato culturale di pregiudizio ha riguardato anche le persone affette da disabilità. Nel contesto culturale greco, ad esempio, poiché alla bellezza esteriore veniva connessa anche la purezza d'animo, secondo il binomio *kalòs kai agathós*, chi presentava una qualsiasi malformazione era tacciato di indegnità morale. Nelle prime comunità cristiane la disabilità era concepita come una punizione divina che si scagliava sugli uomini in seguito ad un peccato commesso. Nel corso del Medioevo, alla diffusione di sentimenti di compassione e pietà sospinti dalla religione cattolica continuavano ad accostarsi atteggiamenti fondati sulla superstizione e il disprezzo che trovavano nei testi sacri ampio conforto. A partire dal XIII secolo le persone disabili iniziarono ad essere relegate nelle prime forme di strutture ospedaliere e ad attirare la curiosità della popolazione che, con poco denaro, aveva la possibilità di osservare i comportamenti bizzarri dei pazienti rinchiusi in anguste gabbie. Dal 1700 si iniziò a predicare la necessità di procedere con una sistematica educazione e civilizzazione di quelli che venivano additati come selvaggi, mentre con l'avvento della rivoluzione industriale e l'imporsi dell'idea secondo cui solo chi avesse partecipato all'attività produttiva sarebbe stato meritevole di considerazione sociale, si affermò altresì la convinzione per cui la persona disabile, in quanto non produttiva, dovesse ritenersi inutile. Nel 1800, tramite una rilettura e storpiatura delle teorie elaborate da Charles Darwin, si cominciò a parlare di eugenetica come strumento per liberare l'umanità dalle malattie e dalle imperfezioni, incoraggiando la riproduzione degli individui migliori e scoraggiando quella degli individui con qualche forma di disabilità fisica e mentale. In questo contesto Cesare Lombroso inserì le persone disabili tra i gruppi di degenerati la cui "anormalità" risultava segno palese di criminalità. Fascisti e nazisti fecero proprie queste teorie, procedendo i primi con massicci internamenti, i secondi, in nome della purezza razziale, con sterilizzazioni e pratiche eutanasiche. Dagli anni Ottanta, soprattutto nel contesto angloamericano, si è andato ad affermare il termine abilismo per indicare la discriminazione, il pregiudizio e la marginalizzazione nei confronti delle persone disabili⁵⁶.

⁵⁶ Per la ricostruzione dei concetti riportati si è fatto riferimento a F. PIGNATARO, *Esclusi, inclusi o reclusi? La lunga lotta delle persone disabili*, 11 Marzo 2021, in www.treccani.it; H.-J. STIKER, *A History of Disability*, University of Michigan, 2019, 23 ss.; M.A. WINZER, *The history of special education. From Isolation to Integration*, Washington, 1993, 6-37.

3. Le critiche di rilevanza penalistica mosse al D.D.L. Zan

Quanto fin qui esposto rappresenta la sintesi di un percorso di vicende storiche e di approfondimenti scientifici estremamente articolati. Non è, dunque, un caso che il tentativo del legislatore di intervenire in questa materia abbia sollevato numerosi quesiti.

Purtroppo, considerata la complessità del tema, dagli interventi parlamentari che hanno costellato l'*iter* di discussione non è emersa una buona immagine del legislatore attuale, indipendentemente dallo schieramento considerato: da una parte, coloro che si dichiaravano contrari all'approvazione del disegno di legge si sono spesso impegnati in ragionamenti e contestazioni che nulla avevano a che vedere con l'oggetto della discussione, aumentando la confusione e la diffidenza riguardo a concetti che, lungi dall'essere un'ideologia⁵⁷, coinvolgono la sfera più intima delle persone. A questo proposito, autorevole dottrina ha commentato nel seguente modo il livello del dibattito sul tema, con specifico riguardo all'approvazione del D.D.L. Scalfarotto, ma attraverso parole che conservano ancora oggi estrema attualità: «argomenti di sicuro effetto, del tipo “perché garantire una tutela specifica agli omosessuali e non agli obesi?”, oppure “perché mai picchiare un omosessuale sarebbe più grave che malmenare un obeso?”, andranno bene per le bianche poltrone di un *talk show* televisivo. Ha però dell'incredibile che

⁵⁷ Di “teoria” o “ideologia gender” si è iniziato a parlare con grande clamore nel nostro Paese a seguito dell'entrata in vigore della cosiddetta Legge sulla Buona Scuola che prevedeva la promozione nelle scuole di ogni ordine e grado l'educazione alla parità dei sessi e la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni. Come si potrà cogliere anche nelle pagine successive, coloro che usano l'espressione “teoria gender” dichiarano di combattere per la “salvaguardia dei giovani e del valore della famiglia”, per la “difesa e la promozione dei valori familiari naturali e cristiani minacciati dalla degradazione culturale e morale del nostro tempo”, attribuendo ai sostenitori di tale “teoria” la colpa di voler “decostruire, ossia cancellare la natura, tentando di smantellare pezzo per pezzo un sistema di pensiero considerato obsoleto e oramai fuori tempi. Il binomio attorno al quale ruoterebbe, dunque, questa ideologia sarebbe la guerra contro la famiglia “tradizionale” e l'imposizione di un “paradigma omosessuale”. Dalle parole espresse dal Papa nel 2016 in occasione del viaggio apostolico in Georgia e Azerbaigian sarebbe ricavabile addirittura l'esistenza di una “colonizzazione ideologica” per cambiare la mentalità. La dottrina che si è occupata di questi temi da una prospettiva giuridica ha sottolineato che l'uso dell'espressione “teoria gender”, anziché di studi di genere abbia una chiara connotazione ideologica, in quanto «ai sostenitori di questa “teoria” non sono riconosciute le credenziali e le competenze scientifiche che al contrario verrebbero quanto meno evocate, se non proprio riconosciute, se venisse utilizzato il termine studi. La teoria non è sempre qualcosa di scientificamente valido [...]. In secondo luogo, l'uso del termine inglese *gender* invece della traduzione italiana genere determina nel pubblico, a mio avviso, una confusione e una mistificazione sul suo significato reale [...]. E dal momento che non si capisce appieno il suo significato, il *gender* può evocare incertezze e paure e far leva, quindi, sull'emozione e sull'irrazionalità delle persone più che sulla loro effettiva conoscenza della questione». V. per queste riflessioni R. DAMENO, *Educazione e genere. Presentazione*, in GenIUS, 2016, 147 ss.

possano risuonare – com'è accaduto – in un dibattito parlamentare [...]»⁵⁸. Addirittura, è stata invocato a più riprese l'imperativo di non occuparsi del tema perché eticamente sensibile e divisivo, laddove, invece, le incertezze create dalla pandemia avrebbero richiesto unità tra i diversi partiti politici.

Dall'altra, i sostenitori della soluzione opposta hanno spesso rilasciato dichiarazioni pubbliche in cui affermavano la necessità di approvare il disegno di legge “così com'era”, nonostante taluni esperti avessero avanzato critiche costruttive con cui si metteva in evidenza la presenza di profili normativi suscettibili di miglioramento.

Un aspetto che, peraltro, è passato totalmente sottotraccia ha riguardato proprio le strategie di contrasto all'odio *online* che, come visto sin qui, pone «sfide diverse ed ulteriori»⁵⁹: il disegno di legge avrebbe potuto rappresentare un'occasione per compiere valutazioni di più ampio respiro e non limitate a rispondere ad una richiesta proveniente dalla società civile. Sebbene una modifica delle singole disposizioni in Senato avrebbe comportato un ulteriore passaggio alla Camera, il prodotto legislativo finale sarebbe stato sicuramente più adeguato, senza sottrarre spazi di tutela.

3.1. La violazione del principio di determinatezza

La prima critica che viene mossa al D.D.L. Zan, così come anche al precedente progetto di legge Scalfarotto, è quella di prevedere delle definizioni troppo generiche sulla base delle quali limitare l'applicabilità della legge penale, e, in ragione di ciò, lesive del principio di determinatezza, soprattutto per quel che atteneva le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere⁶⁰. Altra parte della dottrina e degli esperti che hanno reso

⁵⁸ A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in GenIUS, 2015, 10; sempre in chiave critica si esprime M. PELISSERO, *op. cit.*, 17, il quale parla di «difficoltà del nostro legislatore di effettuare scelte su temi eticamente sensibili».

⁵⁹ L. GOISIS, *Hate Crimes*, cit., 86.

⁶⁰ V. per ulteriori e copiosi corollari presentati dai relatori intervenuti presso la Commissione Giustizia del Senato F. BOTTURI, *Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it; del Prof. Alberto Contri, il quale arriva a definire l'identità di genere una mera invenzione; C. DIONEDI, *Alcune osservazioni aggiuntive sul D.D.L. sulla omotransfobia*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it, secondo il quale

il loro contributo presso la stessa Commissione hanno reputato questa critica infondata, sulla base del fatto che i termini sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere sarebbero ampiamente entrati nel patrimonio giuridico, poiché utilizzati anche in altre branche del diritto, quali la legislazione giuslavoristica e l'ordinamento penitenziario, nonché nel linguaggio di documenti internazionali, leggi estere, giurisprudenza interna e sovranazionale⁶¹.

Prima ancora di analizzare questi profili è necessario sottolineare che le nozioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere riportati nel D.D.L. Zan trovano conforto nella copiosa letteratura scientifica disponibile sul punto: essa, infatti, converge (pur con possibili variabili rispetto al singolo autore) nel definire il sesso come il patrimonio genetico codificato nei cromosomi visibile all'esterno attraverso i caratteri sessuali primari e secondari; il genere come l'insieme di caratteristiche e aspettative comportamentali, sociali e psicologiche connesse al sesso; l'orientamento sessuale come l'attrazione erotica ed affettiva verso lo stesso sesso e/o quello opposto; l'identità di

l'art. 1 del disegno di legge avrebbe inteso ridefinire la natura umana e avrebbe potuto portare «all'aberrazione per cui lo stesso soggetto può dichiarare di appartenere a un genere o all'altro a seconda del suo stato d'animo o persino della sua convenienza»; S. DE MARI, *D.D.L. Zan: analisi articolo per articolo per capire quanto sia sbagliato*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it, secondo cui «il concetto di genere è stato istituito dai cosiddetti *gender studies*, elucubrazioni accademiche nell'ambito di non scienze prive di qualsiasi valore scientifico»; A. ZELGER, *Osservazioni sul D.D.L. S. 2005 – Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, 12 Luglio 2021, in www.senato.it, per il quale «il D.D.L. S. 2005 introduce un reato penale (*sic*) privo dei requisiti di tassatività e indeterminatezza (*sic*); della Prof.ssa Chiara Pagnuzzi secondo cui la legge «introdurrebbe criteri d'identificazione delle persone fondati non sul sesso ma su variabili soggettive indimostrabili», e «dal nostro ordinamento giuridico non è desumibile la descrizione delle condotte che sarebbero presupposto di una fattispecie penale: potrebbe anche accadere che uno parli male di Tizio, Tizio è omosessuale, *ergo* quella persona è omofoba. Si comprende la pericolosità riguardo alla certezza del diritto e al principio di oggettività del reato». I documenti di cui non è stato indicato il titolo, comunque disponibili sul sito del Senato della Repubblica, risultavano privi di qualsiasi intestazione. Le audizioni svoltesi in teleconferenza non sono state trascritte e, dunque, non è possibile conoscere il contenuto di eventuali ulteriori puntualizzazioni sul tema.

⁶¹ L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1544; G.M. LOCATI, F.R. GUARNIERI, *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 Luglio 2020; M. PREARO, *Il fenomeno dell'odio omolebbitransfobico come problema pubblico: un'analisi dei dati e delle statistiche*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it, secondo il quale «riconoscere l'orientamento sessuale e l'identità di genere attraverso queste definizioni ormai stabilite da decenni dalla letteratura scientifica e anche dal diritto significa estendere il campo di intervento dello Stato a tutte le minoranze, e non limitarne l'applicazione a tale o tal'altra categoria»; a commento del progetto di legge Scalfarotto che, nella sua originaria formulazione, forniva definizioni molto simili v. L. IMARISIO, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *GenIUS*, 2015, 29; A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 11.

genere come il senso intimo e soggettivo di appartenenza alle categorie sociali e culturali “maschio/femmina” indipendentemente dal sesso biologico⁶².

Per quanto attiene l'utilizzo di questi termini nel contesto normativo e giurisprudenziale, prendendo le mosse dal quadro sovranazionale, può essere menzionato in ambito ONU il rapporto presentato dall'Alto Commissario per i Diritti Umani del 17 Novembre 2011 intitolato *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* e le linee guida dell'UNHCR in materia di protezione internazionale relative alle domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere⁶³.

Nel contesto europeo figura la già citata Risoluzione 2012/2657 (RSP) del 24 Maggio 2012 dove l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono assunti a riferimento per individuare le discriminazioni e i comportamenti da condannare e prevenire, così come avvenuto anche nella Risoluzione 2013/2183 (INI) del 4 Febbraio 2014 relativa alla Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere; la già menzionata Risoluzione 2021/2557 finalizzata a dichiarare l'Europa zona di libertà per le persone LGBTIQ; la Relazione di sintesi sull'“Omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli Stati membri dell'UE” dell'*European Union Agency for Fundamental Rights*, con l'aggiunta di definizioni perfettamente sovrapponibili a quelle prima fornite; la Risoluzione n. 1728 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere; la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri avente il medesimo oggetto. Il concetto di genere è al centro della già citata Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Tra gli atti normativi vincolanti deve essere richiamata la Direttiva 2011/95 UE recante

⁶² V. e multis J.C. GONSIORREK, R.L. SELL, J.D. WEINRICH, *Definition and Measurement of Sexual Orientation*, in *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 1995, 40; C. MOSER, *Defining Sexual Orientation*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2016, 505; R.L. SELL, *Defining and Measuring Sexual Orientation. A Review*, in *Archives of Sexual Behavior*, 1997, 647 ss.; S. LEVAY, *Sexual Brain*, Londra, 1993, 9 ss.; J. PRYZGODA, J.C. CHRISLER, *Definition of Gender and Sex: The Subtleties of Meaning*, in *Sex Roles*, 2000, 554; AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA), *Guidelines for psychological practice with transgender and gender nonconforming people*, in *American Psychologist*, 2015, 3; P. VALERIO, A.L. AMODEO, C. SCANDURRA, *op. cit.*, 18.

⁶³ Distr. Generale HCR/GIP/12/09 23 Ottobre 2012; al paragrafo III delle linee è anche fornito un apposito inquadramento definitorio.

norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, dove, al punto n. 30, si prevede che “per la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto degli aspetti connessi al sesso del richiedente, l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano, ad esempio, le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato di subire persecuzioni”; ancora, la Direttiva 2012/29 UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato dove l'identità di genere e l'orientamento sessuale sono richiamati come fattore di particolare vulnerabilità della persona offesa.

In una prospettiva comparata, le nozioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere sono alla base di una molteplicità di disposizioni di rilievo penalistico. A tal proposito, a titolo di esempio, si segnala che nel contesto statunitense costituisce reato la violenza o il tentativo di violenza connessa alla razza, al colore, alla religione, all'origine nazionale, al genere, all'orientamento sessuale, all'identità di genere e alla disabilità⁶⁴; nel codice penale francese l'art. 225-1 definisce la discriminazione, quale autonoma figura di reato, come qualsiasi distinzione operata fra le persone fisiche in ragione, tra le altre, del sesso, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere⁶⁵;

⁶⁴ Si fa riferimento al *Federal Civil Rights Law* del 1964, 18 U.S.C. par. 245 (b)(2), come modificato nel 2009 dal *Matthew Shepard and James Byrd, Jr Hate Crime Prevention Act*. Il nome della legge deriva da due vicende che scossero profondamente l'opinione pubblica statunitense: più precisamente, Matthew Shepard, studente del Wyoming, venne derubato e brutalmente seviziato da due coetanei per presunte *avance* compiute dalla vittima nei loro riguardi, per morire cinque giorni dopo a causa delle gravi ferite riportate. Da questo delitto la letteratura ha preso spunto per indagare l'impatto traumatizzante di simili eventi sui membri dei medesimi gruppi; v., ad esempio, M. NOELLE, *The Ripple Effect of the Matthew Shepard Murder*, in *American Behavioral Scientist*, 2002, 27 ss. James Byrd Jr. era un afro-americano ucciso in modo brutale in ragione del suo orientamento sessuale da tre suprematisti in Texas. Sulla vicenda J. PETERSEN, *Murder, the Media, and the Politics of Public Feeling. Remembering Matthew Shepard and James Byrd Jr.*, Bloomington, 2011, 94 ss.

⁶⁵ L'articolo completo recita: “*Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des*

sempre nel contesto francese si prevede un aumento di pena nel caso in cui un crimine o un delitto sia preceduto, accompagnato o seguito da propositi, scritti, utilizzo di immagini o oggetti o atti di qualsiasi natura che attentano all'onore o alla reputazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima fa parte in ragione del sesso, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, vero o supposto⁶⁶. La presenza di disposizioni analoghe si riscontra anche nel quadro normativo spagnolo e inglese⁶⁷.

In Italia di orientamento sessuale tratta il d.lgs. 9 Luglio 2003, n. 216 tra i possibili fattori che possono portare a discriminazioni dirette o indirette o a molestie in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; il d.lgs. 18/2014, che ha recepito la Direttiva 2011/95 UE, menziona l'orientamento sessuale e l'identità di genere tra gli aspetti che possono costituire motivi di persecuzione in vista dell'attribuzione della qualifica di rifugiato. La legge 26 Luglio 1975, n. 354, come modificata dal d.lgs. 2 Ottobre 2018, n. 123, all'art. 1 prevede che “il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose [...]”. Il concetto di identità di genere figura addirittura nel D.P.R. 24 Giugno 1998, n. 249 recante lo Statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria dove, all'art. 1 comma 3, si legge che “la comunità scolastica, interagendo con la più ampia comunità civile e sociale di cui è parte, fonda il suo progetto e la sua azione educativa sulla qualità delle relazioni insegnante-studente, contribuisce allo sviluppo

opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales”. Cfr. www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁶ Art. 132-77, introdotto con legge 2003-239 del 18 Marzo 2003: “*Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit [...]*”. Cfr. www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁷ Per questi profili comparatistici v. L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 58 ss.; L. IMARISIO, *op. cit.*, 30; M. CAIELLI, *Audizione sulle proposte di legge recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, 2 ss., in www.camera.it.

della personalità dei giovani, anche attraverso l'educazione alla consapevolezza e alla valorizzazione dell'identità di genere [...]»⁶⁸.

A livello giurisprudenziale, devono essere, innanzitutto, segnalate due fondamentali sentenze della Corte Costituzionale⁶⁹. La prima⁷⁰, nell'esaminare la compatibilità con il dettato costituzionale della legge 164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, inquadra la medesima come «approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)»⁷¹. La seconda⁷², relativa al medesimo corpo normativo, afferma che «l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisce senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere»⁷³. Nella giurisprudenza di legittimità si è riconosciuto che «l'identità di genere rientra, in tutti i suoi aspetti biologici e sociali, nel nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, e come tale gode della protezione costituzionale riconosciuta agli articoli 2, 3, 29 e 32 della Costituzione» e che «l'espressione violenza alla persona deve oggi essere intesa anche alla luce del concetto di violenza di genere risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale e di diritto comunitario già recepite nell'ordinamento»⁷⁴.

Alla luce di queste considerazioni, pare si possa affermare che le definizioni di cui all'art. 1 del D.D.L. Zan, oltre a trovare conforto nella già menzionata letteratura, siano ormai ampiamente supportate da un riconoscimento giuridico consolidato e che, dunque, nessuna incompatibilità con il principio di determinatezza potesse dirsi sussistente, a maggior ragione se si considera che esse avrebbero avuto una rilevanza limitata

⁶⁸ A. LORENZETTI, *Identità di genere: guida alla normativa e alla giurisprudenza*, in www.portalenazionalelgbt.it; M. PELISSERO, *Considerazioni sulle proposte di legge nn. 107, 569, 868, 2155, 2255 – Modifiche agli artt. 604-bis e 604-ter c.p. in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, Audizione del 18 Febbraio 2020, 5, in www.camera.it.

⁶⁹ F. SACCOMANDI, *op. cit.*, 97 ss.

⁷⁰ Corte Cost., 5 Novembre 2015, n. 221.

⁷¹ *Idem*, par. 4.1. del Considerato in diritto.

⁷² Corte Cost., 13 Luglio 2017, n. 180.

⁷³ *Idem*, par. 5.2. del Considerato in diritto.

⁷⁴ V. rispettivamente Corte Cass., Sez. I civile, 20 Luglio 2015, n. 15138 in materia di rettificazione di sesso senza necessità di intervento chirurgico, e Corte Cass., SS.UU. penali, 29 Gennaio 2016, n. 10959.

all'ambito applicativo della legge⁷⁵. Alla stessa conclusione si giunge guardando a come la dottrina e la giurisprudenza abbiano declinato nel tempo il principio di determinatezza: esso, infatti, «non esclude l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta»⁷⁶ e «si può ritenere violato solo quando la norma, per indeterminatezza dei connotati, non consente di individuare, nonostante il massimo sforzo interpretativo, il tipo di fatto disciplinato»⁷⁷.

La formulazione del disegno di legge non era comunque esente da critiche⁷⁸. Il primo rilievo riguarda l'assenza all'art. 1 di una definizione di disabilità, nonostante quest'ultima fosse contemplata tra i tratti e qualità protetti da tutelare da discriminazioni e violenze e nonostante la presenza di una pluralità di documenti nazionali e internazionali cui il legislatore avrebbe potuto ispirarsi; sempre con riguardo alla disabilità, viene evidenziato che l'art. 6 non la prevedesse in vista della riforma dell'art. 90-*quater* c.p.p., creando così una patente discriminazione e «l'insopprimibile sensazione» che i cittadini disabili «siano stati forzatamente inseriti in un disegno di legge che, tuttavia, su di loro non ha riflettuto a sufficienza»⁷⁹. Sensazione che, si aggiunge, è rafforzata dal fatto che anche nel dibattito pubblico di questo tema non si è minimamente parlato.

Con riguardo, invece, alle definizioni presenti all'art. 1, si è detto che nell'affermare “per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico” la disgiunzione “o” e il riferimento al dato anagrafico sarebbero state errate ed eccentriche sulla base del fatto che la letteratura internazionale limita la nozione di sesso alla sola componente biologica; con riguardo al genere le nozioni di “manifestazione esteriore” e “aspettative sociali” si sarebbero potute sostituire con quella di “caratteristiche socialmente strutturate”;

⁷⁵ *Contra* G. FIANDACA, *Cosa non va nel D.D.L. Zan*, 17 Maggio 2021, in www.ilfoglio.it, secondo il quale «come giurista, rilevo che le definizioni legislative sono predisposte proprio per avere rilevanza giuridica quali parametri di riferimento vincolanti per guidare non solo i giudici, ma prima ancora i cittadini».

⁷⁶ G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *La legge penale*, cit., 91; Corte Cost., 11 Giugno 2014, n. 172; Corte Cost., 13 Gennaio 2004, n. 5; Corte Cost., 27 Settembre 2004, n. 302.

⁷⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 68.

⁷⁸ P. SOMMAGGIO, *Audizione di fronte alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica sui progetti di legge 2005 e 2205*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

⁷⁹ *Idem*, 4.

nell'orientamento sessuale si sarebbe dovuto eliminare il riferimento all'attrazione affettiva, concetto troppo vago a meno di non specificare anche il concetto di affettività⁸⁰.

Alla luce di queste considerazioni, la tecnica legislativa impiegata non era sicuramente *in toto* soddisfacente, ma al tempo stesso sarebbe stata perfettibile.

3.2. La lesione della libertà di espressione: tra toni capziosi del dibattito parlamentare e proposte costruttive di modifica del disegno di legge

La critica più forte che è stata sollevata in merito al contenuto del disegno di legge Zan concerne la sua presunta natura liberticida, più precisamente con riguardo alla libertà di espressione. Si tratta, come già ampiamente visto in precedenza, di una obiezione tradizionale nel momento in cui si prospetta l'intervento nella materia dei discorsi d'odio con lo strumento del diritto penale, ma che in questo caso è stata presentata con toni e argomenti tali da risultare capziosi⁸¹. Queste preoccupazioni sono state accolte e fatte proprie anche da parte del legislatore: nella prima questione pregiudiziale sollevata in Senato e poi respinta si è, infatti, affermato che «una rivendicazione del ruolo della famiglia così come riconosciuta ai sensi dell'articolo 29 della Costituzione come fulcro della società, un insegnamento religioso sull'importanza di un matrimonio fertile, non possono in alcun modo essere riconducibili a intenti violenti, lungi dall'esortare, neanche implicitamente, a condotte minacciose, o lesive, di persone con un diverso orientamento sessuale».

Con specifico riguardo alla tutela del solo orientamento sessuale si è affermato che «in questo modo, sotto il pretesto di arrecare una maggiore determinatezza alla norma, si

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1545, dove, rispetto alla paventata soppressione della libertà di espressione, si afferma che «l'obiezione è a nostro avviso strumentale e frutto di ignoranza del diritto [...]». A titolo di esempio v. Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”, audizione del 08.06.2021 dell'Avv. Giuseppe Zola, 1, il quale sostiene che l'approvazione del D.D.L. Zan avrebbe portato all'instaurazione di uno stato totalitario; A. ZELGER, *op. cit.*, 2, il quale denuncia che il disegno di legge avrebbe avuto soltanto lo scopo di aprire le porte al matrimonio egualitario, all'omogenitorialità, all'utero in affitto e alla promozione della transizione di genere. V. anche cap. I, par. 1.1, nota 12 dove si riporta il motto invalso nel dibattito statunitense “*Today hate crimes, tomorrow same-sex marriage*”.

intende porre sotto lo scudo della protezione penale tanto i vari orientamenti sessuali, ancora oggi valutati come disturbi della personalità, come la tendenza voyeuristica, la tendenza sessuale masochistica, la tendenza sessuale sadistica, la tendenza sessuale feticistica [...]. La non condivisione di alcuni orientamenti sessuali e la loro condanna [...] potrebbero essere addirittura sindacate in sede penale come espressione di odio verso coloro che se ne facessero sostenitori in una dimensione di assoluta autodeterminazione sessuale»⁸².

Partendo da quest'ultima osservazione, si può tranquillamente affermare che il rischio paventato è del tutto infondato sia sotto il profilo scientifico che sotto quello giuridico: sotto il profilo scientifico perché «il DSM-5 rileva che l'orientamento sessuale non è riferibile ad un disturbo mentale»⁸³ e perché tutti gli esempi riportati (voyeurismo, masochismo, sadismo, feticismo) non sono orientamenti sessuali, bensì comportamenti o pratiche, cioè riguardano «le attività sessuali dell'individuo» o «gli *oggetti* verso cui è rivolta l'attività sessuale»⁸⁴. Sotto il profilo giuridico perché l'art. 1 del disegno di legge qualifica l'orientamento sessuale come “attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi”, appuntando la propria attenzione sul concetto di persona e non su quello di pratica.

⁸² M. RONCO, *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, 21 Maggio 2020, 12 ss., in www.camera.it. L'Autore si era espresso negli stessi termini anche con riguardo al D.D.L. Scalfarotto: v. M. RONCO, *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in www.lanuovabq.it.

⁸³ M.S. SIGNORELLI, *I disturbi sessuali nel DSM-5. Aspetti relazionali tra vecchie e nuove diagnosi*, in *Quaderni di Gestalt: rivista trimestrale di psicoterapia della Gestalt*, 2014, 2.

⁸⁴ M. DI FIORINO, G. CORRETTI, *Perversioni. Il lato oscuro dei comportamenti sessuali*, Forte dei Marmi, 2004, 9; A. ROTELLI, *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, 5, in www.camera.it, il quale evidenzia che «mai nella letteratura scientifica, né nelle leggi italiane o di altri Paesi, né nei provvedimenti sovranazionali o internazionali, né nei documenti di *soft law*, né nella giurisprudenza, né – infine – nel linguaggio comune le espressioni “orientamento sessuale” o “identità di genere” indicano o sono utilizzate per indicare o per includere comportamenti, pratiche o azioni, lecite o meno che siano, che una qualunque persona può mettere in atto nella sua vita. Per esempio, sadismo, masochismo, voyeurismo [...] non sono orientamenti sessuali o identità di genere e nessuna confusione su questo punto è possibile o consentita»; M. PELISSERO, *op. cit.*, 19, secondo cui «non è un'argomentazione scientificamente fondata perché basterebbe leggere i documenti dell'Organizzazione mondiale della sanità per rendersi conto che l'orientamento sessuale non può essere accostato a queste altre condotte; omosessualità e transessualità non sono malattie e non possono essere accostate a psicopatie, se non a costo di un regresso sul piano della scienza psichiatrica, considerato che l'omosessualità non è più considerata un disturbo sessuale a partire dalla terza edizione del DSM del 1980. L'argomento, dunque, è di tipo confessionale perché, accostando omosessualità a devianza, stigmatizza un modo di essere sulla base del presupposto della naturalità della eterosessualità».

Per quanto concerne gli ulteriori rilievi riportati, essi si espongono nel complesso ad una serie di obiezioni. Soffermando l'attenzione sull'art. 604-*bis* c.p. è necessario ribadire il fatto che la novella avrebbe inciso solo ed esclusivamente sulle fattispecie di istigazione alla commissione o commissione di atti di discriminazione e di istigazione alla commissione o commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza. Totalmente inalterata sarebbe rimasta, invece, la fattispecie ben più problematica della propaganda, rispetto alla quale una maggiore riflessione sarebbe stata doverosa⁸⁵.

Con riguardo alle condotte oggetto di innovazione si sarebbe dovuto, poi, ribadire quanto già affermato in precedenza in merito all'attuale conformazione dell'art. 604-*bis* c.p.: l'individuazione dell'eguaglianza sostanziale quale bene giuridico tutelato e dell'ordine pubblico in una posizione di secondo piano, l'inquadramento delle fattispecie tra i reati di pericolo concreto, il rispetto dei principi di determinatezza, materialità ed offensività alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali formatisi sul punto⁸⁶.

⁸⁵ L. GOISIS, *op. cit.*, 1546; M. D'AMICO, *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, 18 Febbraio 2020, 5, in www.camera.it, secondo la quale «la scelta di non incidere sulle condotte punibili, mantenendo inalterate le condotte di “propaganda” e “istigazione” è certamente quella da perseguire poiché idonea ad assicurare il corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, la libertà di espressione e il principio di eguaglianza, soddisfacendo allo stesso tempo il principio di determinatezza della fattispecie penale [...]. Le norme in questione non paiono porre problemi in questo senso (sulla compatibilità con l'art. 21 Cost., *n.d.r.*) perché non puniscono condotte di propaganda o diffusione di un certo tipo di idee, ritenute pericolose per l'ordine pubblico, estrinsecando una matrice autoritaria della scelta di politica criminale, ma servono a tutelare – da un certo tipo di utilizzo della parola – col presidio della sanzione penale la dignità umana della persona»; A. ROTELLI, *op. cit.*, 6, in cui si afferma che «mai nessuna proposta di legge, neanche nelle passate legislature, ha mai chiesto un'estensione del divieto di propaganda di idee all'orientamento sessuale o all'identità di genere. Pertanto, sbagliano per non conoscenza del dettato legislativo e delle innovazioni apportate da queste proposte di legge coloro che sostengono che la loro approvazione vieterebbe in Italia la possibilità di esprimere un'idea o un parere, per esempio, contro il matrimonio tra persone dello stesso sesso o la genitorialità delle persone omosessuali. L'espressione di tali pensieri continuerà a essere legittima e libera, condivisibile o meno che sia, ma va detto che lo sarebbe anche nel caso non previsto di estensione della fattispecie di propaganda di idee»; RETE LENFORD, *op. cit.*, 14; soccorre nuovamente, a questo proposito, il contributo di A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, dove, a pagina 11, si dice «già questo esclude il rosario di timori – formalizzati alla Camera anche in appositi ordini del giorno – sui pericoli di criminalizzazione per la libertà di ricerca e di insegnamento [...], o per chi affermasse apertamente che un figlio deve avere un padre e una madre, o per chi sollecitasse a non introdurre nella legislazione il matrimonio omosessuale o l'adozione per coppie gay. Ci si è spinti fino a denunciare il rischio d'incriminazione per chi, citando brani delle Sacre Scritture, sostenesse che gli atti compiuti dagli omosessuali sono intrinsecamente disordinati e contrari alla legge naturale. La verità è un'altra. Tutte queste sono condotte coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita [...]».

⁸⁶ V. cap. III.; L. GOISIS, *op. ult. cit.*, 1545; G.M. LOCATI, F.R. GUARINIERI, *op. cit.*; C. LA TORRE, *Audizione Commissione Giustizia – esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 568 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 18 Febbraio 2020, 4 ss., in www.camera.it.

Quindi «alla contestazione di chi intravede il rischio di essere fagocitati da una sorta di pantagruelismo penale basterà ricordare come nella fattispecie non si tratta di introdurre nel nostro ordinamento uno strumento di tutela assolutamente nuovo, ma solamente di ampliare la portata di quello già esistente. Se la condotta dell'istigazione o della realizzazione di atti discriminatori risulta essere punibile in presenza di alcune condizioni personali, ad esempio la razza, non si comprende la ragione per cui l'ipertrofia penale possa essere individuata solo in virtù dell'ampliamento della tutela nei confronti di situazioni che la legislazione sovranazionale e la giurisprudenza interna definiscono come conformi e assimilabili»⁸⁷. Ugualmente ci si chiede perché mai quando la legge n. 205/1993 estese la tutela penale alle condotte discriminatorie fondate su ragioni religiose o nazionali non furono paventati gli stessi rischi⁸⁸. In più, «libera manifestazione della propria identità di genere e del proprio orientamento sessuale e libera manifestazione del pensiero non possono essere rappresentate l'una in conflitto con l'altra: non solo perché, sul piano delle fonti normative, hanno lo stesso rango di diritti costituzionalmente riconosciuti e già oggi assistiti da una specifica normativa ordinaria, ma soprattutto perché non avrebbe evidentemente senso postulare una libertà di manifestare il proprio pensiero e la propria opinione in capo a una persona che non abbia, a monte, la libertà di manifestare liberamente la propria identità in tutti gli aspetti di cui essa si compone, compresi quelli attinenti all'*identità di genere* e all'*orientamento sessuale*»⁸⁹.

Semmai, si sarebbe potuto trarre ispirazione da alcune critiche costruttive che sono state mosse al disegno di legge per introdurre modifiche che ne avrebbero migliorato il contenuto: alcuni hanno, ad esempio, evidenziato l'opportunità di circoscrivere espressamente gli esatti contorni del concetto di discriminazione, dipendendo da questo la qualificazione di una certa espressione come libertà di pensiero o meno⁹⁰. Se per quanto

⁸⁷ S. CHINOTTI, *Un commento sulle proposte di legge in materia di discriminazione o violenza per motivi di genere, orientamento sessuale e identità di genere. Audizione avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati*, 27 Maggio 2020, 4 ss., in www.camera.it.

⁸⁸ M. PELISSERO, *op. cit.*, 20.

⁸⁹ F. FILICE, *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, 4, in www.camera.it. Il corsivo è dell'Autore.

⁹⁰ Commissione Giustizia del Senato sui "Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità", audizione dell'8 Luglio 2021 dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, 4; A. DE FRANCESCO, *Disegno di legge "Zan": elementi di riflessione*, 21 Maggio 2021, in www.filodiritto.com; G. FIANDACA, *op. cit.*, il quale offre anche un utile esempio per comprendere la portata del problema: «costituirebbe istigazione punibile la promozione di manifestazioni

concerne la discriminazione per motivi razziali, etnici e nazionali il d.lgs. 9 Luglio 2003, n. 215 fornisce all'art. 3 indicazione del corretto modo di intendere e dell'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento, questa disposizione non si sarebbe potuta applicare alle categorie del sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità in ragione della specialità della materia trattata nel già menzionato decreto. Per le stesse ragioni non si sarebbe potuto assumere a riferimento il concetto di discriminazione di cui all'art. 1 della Convenzione internazionale di New York, sebbene vi sia in dottrina chi supera questo rilievo evidenziando che si tratterebbe di un'obiezione debole e non rispettosa della tendenza evolutiva del diritto vivente⁹¹. Per contemperare le due opposte visioni, si sarebbe potuto prospettare, sulla scorta dell'ordinamento francese, l'introduzione di una definizione generale di discriminazione prendendo spunto dalle disposizioni già vigenti⁹².

Un miglioramento avrebbe potuto riguardare anche l'art. 4 del disegno di legge: quest'ultimo, nell'inserire una clausola di salvezza della libertà di manifestazione del pensiero, da una parte, si allinea a quanto previsto nel contesto anglosassone alle Sezioni 29J e 29JA del *Public Order Act* dove si afferma che le norme volte a contrastare l'odio basato sul credo religioso o sull'orientamento sessuale non devono essere interpretate o applicate in modo da vietare o limitare la discussione, la critica o le espressioni di antipatia nei confronti di particolari religioni o credenze o pratiche dei loro aderenti, oppure di comportamenti o pratiche sessuali o delle unioni tra persone dello stesso sesso, né in modo da vietare o limitare le attività di proselitismo oppure gli inviti rivolti da parte di un gruppo ad abbandonare una religione o un sistema di credenze o ad astenersi da o modificare pratiche sessuali. Dall'altra, è chiaramente una disposizione di compromesso, assente nella formulazione originaria del disegno di legge e aggiunta solo quando la Commissione Affari costituzionali della Camera, interpellata in sede consultiva, ha subordinato il proprio parere favorevole al testo a tale modifica⁹³. A volerla, dunque,

pubbliche volte a esercitare pressioni sulle forze politiche per scongiurare la concessione di benefici economici o sussidi assistenziali anche alle coppie omosessuali?».

⁹¹ F. ROSSO, *D.D.L. Zan: un'analisi ragionata delle modifiche alla normativa penale vigente*, in *Diritto di Difesa*, 2021, 472; M. PELISSERO, *op. cit.*, 6; S. CHINOTTI, *op. cit.*, 7.

⁹² F. ROSSO, *op. cit.*, 13; A. DI MARTINO, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, 11 Luglio 2021, 16, in www.senato.it.

⁹³ *Ibidem*; M. PELISSERO, *op. cit.*, 4, secondo il quale la clausola si presentava «inutile, controproducente e di difficile lettura»; G. FIANDACA, *op. cit.*, secondo cui «letta con le lenti del giurista di mestiere, questa clausola appare per un verso pleonastica e, per altro verso, ridondante e poco chiara. Infatti, anche in sua

ritenere essenziale per valutazioni di carattere politico, c'è chi ha proposto una sua modifica sostituendo la dicitura “purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti” con “salvo che si tratti di condotte dirette a (o aventi lo scopo di) determinare il concreto pericolo di atti discriminatori o violenti” o “purché non dirette a determinare in modo immediato la commissione di atti discriminatori o violenti”⁹⁴.

3.3. La lesione del principio di eguaglianza e di laicità del diritto penale

Se la violazione del principio di determinatezza e di libertà di manifestazione del pensiero rappresentano le critiche principali mosse al disegno di legge Zan, a queste si aggiungono due ulteriori obiezioni: la violazione del principio di eguaglianza e di laicità del diritto penale.

Con riguardo al primo si è già detto più volte in che senso si ritiene che questo sia un dubbio infondato e a quelle considerazioni si rinvia⁹⁵. Piuttosto, si deve dare conto del fatto che in questo caso il dibattito si è contraddistinto per importanti elementi di novità: innanzitutto per il rischio, denunciato da alcune associazioni impegnate nella tutela dei diritti delle donne, che la predisposizione di tutele per le persone omosessuali, bisessuali, ma soprattutto transessuali e transgender potesse “cancellare” la soggettività femminile “scivolando nel neutro” e circondando il binarismo uomo-donna e l'eterosessualità da un alone di negatività e marginalità⁹⁶. Di diverso avviso, in modo condivisibile, altre associazioni secondo cui «non riusciamo a comprendere perché una legge che include e

assenza il diritto costituzionale alla libertà di pensiero e di espressione avrebbe dovuto comunque essere tutelato in base a principi già consolidati nel nostro ordinamento»; A. DI MAIO, *Il D.D.L. Zan tra nobili aspirazioni e nuove forme di diritto penale simbolico*, in *Diritto di Difesa*, 2021, 5.

⁹⁴ V. rispettivamente Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”, audizione del 30 Giugno 2021 del Prof. Cesare Mirabelli, 3, e dell'8 Luglio 2021 dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, 6, in www.senato.it.

⁹⁵ V. cap. I, par. 1.1 nota 14; cap. III, par. 2.4 e 3.

⁹⁶ V. Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”, audizione dell'Associazione Differenza Donna, 3; Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”, audizione del 3 Giugno 2021 di Francesca Izzo dell'Associazione Se non ora quando – Libere, 3, in www.senato.it.

allarga il perimetro dell'applicabilità dei crimini d'odio [...] possa creare problemi alle donne. Riteniamo, invece, che aiuti a proteggere le donne e a proteggerle tutte, aggiungendo uno strumento in più per contrastare il sessismo e la misoginia dilaganti»⁹⁷. Del resto, la proposta di sostituire l'espressione "identità di genere" con quella di "identità transessuale" non avrebbe risolto i problemi paventati, anzi li avrebbe incrementati in ragione del fatto che questa locuzione, inserita in corpo normativo di rilevanza penalistica, sarebbe stata difficilmente ricostruibile nel suo significato in quanto assente nel dibattito scientifico.

In secondo luogo, è stato detto che «attraverso la creazione dei reati d'odio l'ordinamento rischia di trasformarsi esso stesso in causa di discriminazione tra le persone, ove i discriminati dalla legge diventano coloro che manifestano convinzioni forti in ordine alla loro identità»⁹⁸. È questa un'argomentazione che convince ancora meno di quella che vorrebbe vedere una lesione del principio di uguaglianza, ad esempio, tra eterosessuali e omosessuali: equiparare l'istigazione alla violenza e alla discriminazione a "manifestazione di convinzioni forti in ordine alla propria identità" e trasformare l'autore di queste condotte in vittima rappresenta una pericolosa minimizzazione e un'inversione dei piani altrettanto pericolosa⁹⁹.

L'Autore, poi, prosegue affermando la sussistenza del rischio di «creazione, costituzionalmente illegittima, di disparità di trattamento tra situazioni simili o, addirittura, tra situazioni che richiedono una più incisiva tutela rispetto alle situazioni indicate nelle proposte di legge», indicando, a titolo di esempio, il presunto odio pubblicamente manifestato verso l'unione stabile tra uomo e donna e le persone incapaci di intendere e di volere, verso le quali sarebbe in atto una "propaganda eutanastica"¹⁰⁰. Esempi concreti di episodi o fatti da cui l'esistenza di odio verso queste categorie sarebbe emersa non vengono presentati.

Con questa argomentazione, che non si condivide, si sta agendo sulla nozione di crimine d'odio, sovvertendola: come già evidenziato nell'apertura del presente lavoro, per

⁹⁷ V. Commissione Giustizia del Senato sui "Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità", audizione di Laura Onofri, Presidente dell'Associazione SeNonOraQuando? Torino, 4 ss, in www.senato.it.

⁹⁸ M. RONCO, *op. cit.*, 9.

⁹⁹ Con riguardo al D.D.L. Scalfarotto approvato alla Camera il 19 Settembre 2013, ha denunciato questo rischio di capovolgimento dei ruoli anche A. PUGIOTTO, *Aporie*, cit., 7.

¹⁰⁰ *Idem*, 13 ss.

aversi un crimine d'odio (e un discorso d'odio) sono necessarie specifiche condizioni (*in primis* la presenza di una caratteristica protetta) che quantomeno nel primo esempio non ricorrono. Con riguardo al secondo esempio presentato, pur ammettendo che esista questa paventata “propaganda d'odio” verso le «persone incapaci di libera autodeterminazione, gli infanti malformati, i gravi malati mentali, gli anziani in condizioni di incapacità di intendere e di volere, i malati di Alzheimer, gli stessi malati in condizioni non più risanabili», nell'esprimere la critica non si tiene conto del fatto che uno dei tratti e qualità protetti che il disegno di legge si prefissava di tutelare, seppur in modo lacunoso, era proprio quella della disabilità¹⁰¹.

Con riguardo al principio di laicità, è stato affermato che «il D.D.L. in oggetto porta in sé una specie di cortocircuito tra dispositivo giuridico e obiettivo culturale, finendo per oscillare tra le due posizioni; meglio, finendo per favorire uno slittamento da Stato laico di diritto a Stato etico ideologico. Infatti la legge proposta definisce correttamente il suo scopo di giustizia a riguardo di discriminazione e violenza, ma, in quanto prende a criterio di giudizio qualcosa che risponde a una particolare interpretazione dell'identità soggettiva, quale una discussa e discutibile identificazione di genere autopercepito, ecc., di fatto si risolve nella richiesta di protezione normativa più per una determinata “dottrina” antropologica che per una chiara fattispecie di reato»¹⁰². È questo un rilievo critico rimasto isolato che si fonda sull'idea che l'identità di genere rappresenti una pura ideologia priva di fondamento, profilo smentito dalla copiosità degli studi scientifici che si è già avuto modo di citare in precedenza. A risposta di questo rilievo critico è stato, infatti, ribattuto che «la versione liberale dell'utilità penale fondata su di un diritto penale minimo, laicamente orientato alla tutela di diritti e interessi ritenuti necessari o fondamentali non si pone in antitesi con l'espansione contenuta nelle proposte di legge. D'altra parte se le motivazioni discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere fossero incompatibili con il diritto penale liberale lo sarebbe tutta

¹⁰¹ Gli esempi portati dall'Autore sono chiaramente riconducibili alla nozione di disabilità accolta dalla Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità e recepita nel nostro ordinamento con legge n. 18 del 2009, dove si legge che “per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”.

¹⁰² F. BOTTURI, *op. cit.*, 2.

la disciplina penale di contrasto alle forme di discriminazione diverse da quella razziale»¹⁰³.

3.4. Il profilo sanzionatorio

Come già detto, all'art. 5 del disegno di legge si contemplava la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena e del procedimento con messa alla prova, rispettivamente in assenza di opposizione del condannato e in caso di richiesta dell'imputato, alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività.

Si è in precedenza avuto modo di sottolineare che con riguardo al profilo sanzionatorio sarebbe opportuno prevedere lo svolgimento di tale attività come pena principale da applicarsi in tutti i casi in cui la gravità della condotta non sia tale da giustificare l'irrogazione della sanzione pecuniaria o di quella detentiva¹⁰⁴. Questa, tuttavia, non è stata la soluzione percorsa dal legislatore che sul piano del tipo di sanzione cui poter ricorrere non ha previsto alcun elemento di novità.

Sull'articolo 5 si è, comunque, appuntata l'attenzione del legislatore che, nella seconda questione pregiudiziale volta alla delibera di non procedere all'esame del disegno di legge ha rappresentato la sussistenza di un «evidente contrasto con il divieto di lavori forzati di cui all'art. 4 CEDU», originato dal fatto che «irrogare la condanna a svolgere un'attività di lavoro non retribuito senza il consenso dell'interessato» avrebbe assunto un carattere ulteriormente discriminatorio¹⁰⁵. Si tratta di una obiezione palesemente

¹⁰³ M. NADDEO, *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, 3, in www.camera.it.

¹⁰⁴ V. cap. III, par. 4.

¹⁰⁵ Il passaggio argomentativo completo è del seguente tenore: «Ulteriore contrasto con l'ordinamento costituzionale, e in particolare con l'articolo 117 co. 1, nella parte in cui fa riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, si riscontra all'articolo 5 del testo in esame che, come si legge nella relazione al testo, «introduce la possibilità di svolgere le attività non retribuite a favore della collettività previste (...) anche nell'ipotesi di sospensione condizionale della pena e di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (...). prevede che l'attività possa essere svolta anche presso associazioni e organizzazioni che si occupano della tutela delle vittime dei reati di cui all'articolo 604-bis». Dunque, nell'ipotesi di condanna a pena inferiore a due anni di reclusione, che è il limite per fruire della sospensione della pena, la concessione di quest'ultima può essere subordinata - come

infondata e strumentale: il legislatore ha appuntato la sua attenzione sugli istituti della sospensione condizionale della pena e della sospensione del procedimento con messa alla prova, non considerando che, per espressa e chiara previsione del disegno di legge, in nessuno dei due casi la prestazione dell'attività non retribuita sarebbe stata imposta all'imputato/condannato. Semmai, questo timore si sarebbe dovuto esprimere rispetto alla modifica del comma 1-bis della legge 205 del 1993 di conversione del decreto-legge 26 Aprile 1993, n. 122, articolo che sarebbe stato esteso a tutti i reati di cui all'art. 604-*bis* c.p. e alla circostanza aggravante di cui all'art. 604-*ter*¹⁰⁶. È solo questa disposizione che contempla, infatti, la possibilità che il giudice condanni l'imputato all'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, senza che questo possa esprimere alcun rifiuto.

4. Ulteriori considerazioni non strettamente penalistiche: l'approccio integrato del disegno di legge Zan

Un ultimo profilo da considerare riguarda l'approccio integrato di contrasto all'odio che con il disegno di legge Zan si intendeva inaugurare agli articoli 7, 8 e 10. La prospettiva di partenza da cui è necessario prendere le mosse è stata così efficacemente riassunta: «per contrastare realmente l'omofobia e il sessismo bisogna partire dalla consapevolezza che questi non si manifestano solo in forme violente, ma si palesano in modo sottile e subdolo mediante la pubblicazione di messaggi di dubbio gusto, che comunque – è bene precisarlo – contribuiscono a creare un clima culturale “ostile” all'eguaglianza»¹⁰⁷. Sebbene, dunque, non tutte le espressioni di ostilità verso i tratti e

pure per applicare l'istituto della messa in prova - alla prestazione di lavoro gratuito alle dipendenze di associazioni LGBT. L'estensione di questa ulteriore previsione della «legge Mancino» suona come ulteriormente discriminatoria: irrogare la condanna a svolgere un'attività di lavoro non retribuito, senza il consenso dell'interessato, si pone in evidente contrasto con il divieto di lavori forzati di cui all'articolo 4 CEDU». Il testo della questione pregiudiziale n. QP2 al DDL n. 2005 è disponibile al sito www.senato.it.

¹⁰⁶ Questo argomento era stato speso in sede di audizioni alla Camera da C.D. LEOTTA, *Parere sulle proposte di legge A.C.107 Boldrini, A.C. 569 Zan, A.C.868 Scalfarotto, A.C.2171 Perantoni, A.C.2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli artt. 604 bis e 604 ter c.p., in materia di violenza e discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 8 Giugno 2020, in www.camera.it.

¹⁰⁷ M. D'AMICO, *op. cit.*, 4

qualità protetti abbiano ovviamente rilevanza penalistica, è altrettanto evidente che si debba comunque agire anche su di esse non con il diritto, bensì con gli strumenti della cultura, dell'istruzione, del monitoraggio e del dibattito. In questo modo «l'intervento sul codice penale [...] rappresenta solo un tassello di una più comprensiva strategia di contrasto alle discriminazioni, così confermando il carattere necessariamente residuale dello strumento penalistico, in armonia con i principi costituzionali che orientano la discrezionalità del legislatore in materia»¹⁰⁸. Il plauso a questo approccio integrato può essere colto anche da un'altra prospettiva: laddove il legislatore fosse ricorso alla mera tutela penale, con tutte le conseguenze che da questa solitamente discendono nell'immaginario collettivo, vi sarebbe stato il rischio di trasformare la medesima, al grido del “Che cosa volete ancora?”, in un ostacolo insormontabile al riconoscimento di diritti oggi ancora negati nel nostro ordinamento e, dunque, in definitiva, in una “vittoria di Pirro”¹⁰⁹.

Di particolare importanza soprattutto il coinvolgimento delle scuole, e conseguentemente delle componenti più giovani della società, per due ragioni: innanzitutto, perché è a partire dalla scuola che i cittadini dovrebbero essere educati allo sviluppo di un approccio critico riguardo ai principi fondanti del vivere comune; in secondo luogo perché è stato segnalato che «i contesti scolastici [...] continuano ad essere percepiti come luoghi “non sicuri” per le ragazze e i ragazzi appartenenti a minoranze sessuali e di genere o percepiti come tali. Ricerche effettuate in Italia evidenziano una preoccupante presenza di espressioni omofobiche e transfobiche pronunciate non solo da parte delle compagne e dei compagni di scuola, ma anche delle insegnanti e degli insegnanti [...]. Diverse ricerche hanno associato la vittimizzazione e il bullismo omofobico e transfobico al rischio di dispersione scolastica»¹¹⁰.

¹⁰⁸ A. SCHILLACI, *Contrasto all'omolesbobistransfobia, promozione della pari dignità e libertà di espressione nella prospettiva interna e sovranazionale*, 26 Maggio 2020, 2, in www.camera.it.

¹⁰⁹ Si esprime in questi termini A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 9.

¹¹⁰ R. BAIOTTO, *op. cit.*, 3; in letteratura si segnala AA.VV., *Gay-Straight Alliances, Inclusive Policy, and School Climate: LGBTQ Youths' Experiences of Social Support and Bullying*, in *Journal of Research on Adolescence*, 2020, 418 ss.; si sono occupati del tema anche P. VALERIO, C. SCANDURRA, F. MEZZA, *op. cit.*, 81 ss.; in particolare gli autori evidenziano come le violenze e le discriminazioni che i giovani possono subire nei contesti scolastici presentino significativi profili di peculiarità rispetto ai “normali” casi di bullismo in quanto: le prepotenze chiamano sempre in causa una dimensione nucleare del sé psicologico e sessuale; la vittima può incontrare particolari difficoltà a chiedere aiuto agli adulti perché teme di richiamare l'attenzione sulla propria sessualità o sul proprio genere, con i relativi vissuti di ansia e vergogna e il timore di deludere le aspettative dei genitori; la vittima può incontrare particolari difficoltà a individuare figure di sostegno e protezione fra i pari, in quanto il numero di potenziali “difensori della

Eppure, anche questa importante e non scontata assunzione di consapevolezza da parte del legislatore ha incontrato una forte resistenza sia da parte di alcune componenti politiche, sia da parte di coloro che sono stati chiamati a fornire il loro contributo conoscitivo per un migliore inquadramento della materia da trattare. Anzi, per certi versi è stato proprio con riguardo alla previsione di cui all'art. 7 del disegno di legge che si sono registrate le più forti ed ostative prese di posizione, evidenziando addirittura la presenza di profili di incompatibilità con il dettato costituzionale. Tutti i rilievi critici sollevati sono riassumibili nel dire che questa disposizione avrebbe violato gli articoli 30 e 34 Cost. perché lesiva del diritto *esclusivo* dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione della prole e di prendere decisioni che riguardano lo sviluppo psico-fisico dei figli e del principio per cui la scuola è aperta a tutti, principio violato laddove nel contesto scolastico dovessero essere introdotte tematiche ideologiche e divisive¹¹¹.

Si ritiene di non condividere queste argomentazioni che chiamano direttamente in gioco il dettato costituzionale sulla base di quattro ordini di ragioni. La prima: nel disegno di legge era già chiarito che l'organizzazione di cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile avrebbe dovuto perseguire lo scopo di "promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere". Si sarebbe, dunque, trattato di affrontare, quantomeno in una giornata, temi legati alle fondamenta del nostro vivere comune, cristallizzate all'art. 3 comma 2 Cost., come tali doverosamente proprie anche delle scuole private con orientamento confessionale¹¹², e non già di introdurre l'obbligo di trattare tematiche ideologiche e divisive.

In secondo luogo, affermare che l'educazione e l'istruzione spetti in via esclusiva alle famiglie riconducendo tale assunto alla Costituzione rappresenta un errore posto che dal dettato costituzionale non è in alcun modo ricavabile la sussistenza di un simile monopolio in capo alla famiglia¹¹³. Convinzione che sembra essere suffragata dalla

vittima" si abbassa notevolmente nel caso del bullismo omo-transfobico e questo perché difendere una persona LGBT comporterebbe il rischio di essere considerati tali.

¹¹¹ D. BIANCHINI, *op. cit.*, 6 ss.; Commissione Giustizia del Senato sui "Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità", audizione del 08.06.2021 dell'Avv. Giuseppe Zola, cit., 2; F. BOTTURI, *op. cit.*, 3.

¹¹² V. *supra*, nota 6.

¹¹³ M. PERINI, *Educazione alla parità di genere: tra autonomia individuale, spirito repubblicano, famiglia e competenze regionali (senza dimenticare la libertà di insegnamento)*, in GenIUS, 2016, 161 ss., il quale prosegue affermando che «se una legge dello Stato impone nelle scuole di educare i fanciulli a sviluppare uno spirito critico circa fenomeni sociali tanto radicati da parere immutabili e "naturali" [...], nonché fornire

consultazione dei lavori preparatori per la redazione dell'art. 30 della Costituzione, rispetto al quale si può notare come alla formula "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" i Costituenti legassero un significato ben diverso rispetto a quello presentato: più precisamente «l'on. Tupini, a nome della Commissione, spiegò che l'affermazione contenuta nel primo comma vuol dire che "colui che mette al mondo dei figli assume il sacrosanto obbligo di mantenerli, istruirli ed educarli, siano essi legittimi o illegittimi", riconosciuti o non riconosciuti. Questa norma, cioè, si riferisce soltanto ai rapporti fra genitori e figliuoli»¹¹⁴. Il testo costituzionale, dunque, si ribadisce, non pone in capo alla famiglia alcun diritto esclusivo, anzi, osservando i commenti all'art. 33 Cost. si parla espressamente di "concorrenza" tra il diritto di questa e lo Stato¹¹⁵. Nell'educazione e nell'istruzione, di conseguenza, il rapporto tra la famiglia e lo Stato non si pone in una logica di *aut aut*, ma di reciproca integrazione.

Si può aggiungere che anche l'interpretazione del primo comma dell'art. 34 è stata travisata nel momento in cui si è fatto discendere da esso il divieto di trattare di "tematiche ideologiche e divisive": sempre dai lavori preparatori si ricava, infatti, che «il primo comma, nel testo approvato dalla I Sottocommissione, figurava del seguente tenore: "La scuola è aperta al popolo. Ogni cittadino ha diritto a tutti i gradi dell'istruzione, senz'altra condizione che quella dell'attitudine e del profitto". Nel progetto le parole "a tutti i gradi dell'istruzione" furono soppresse, ma il Comitato di redazione non ha inteso menomare il principio che la scuola è aperta a tutti, in tutti i gradi dell'istruzione [...]. Il raggiungere

loro punti di vista diversi che possano garantire in futuro scelte di vita consapevoli e responsabili, non significa assolutamente che imponga ai genitori di fornire una data educazione o di seguire una specifica linea educativa. Se lo desiderano, la legge in esame non gli impedisce certo di continuare ad insegnare (come in effetti avviene ancora assai diffusamente) la naturale supremazia del maschio sulla femmina, le virtù del bullismo, la superiorità della razza bianca e l'aberrazione costituita dall'omosessualità, così come tante altre consimili idee». L'Autore si riferiva alla legge sulla Buona Scuola, ma il ragionamento è estensibile anche al tema di cui si sta trattando.

¹¹⁴ *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei Deputati*, 69, in www.archivio.quirinale.it.

¹¹⁵ *Idem*, 72, dove si afferma che «i principi ispiratori di questo articoli generalmente ammessi durante la discussione furono i seguenti: stabilita negli articoli precedenti la regola propria all'ordinamento della famiglia che è diritto e dovere dei genitori istruire ed educare i figli, occorreva riconoscere che, nel maggiore ambito dell'ordinamento dello Stato, l'istruzione e l'educazione della gioventù sono altresì compiti dello Stato stesso, il quale rappresenta, al di là della famiglia (la quale può avere una visione particolaristica della vita) un'idea universale. Per la famiglia trattasi di un privilegio originario; per lo Stato di un dovere etico-politico che la legge trasforma in diritto; ma questo diritto (fatta sempre salva la concorrenza con quello della famiglia) non deve essere esercitato in funzione di una presunta capacità esclusiva dello Stato a educare e a istruire»

i gradi più elevati è riservato soltanto ai capaci e ai meritevoli; alle spese necessarie sarà provveduto con i mezzi propri degli alunni le cui famiglie dispongono di mezzi; con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze per coloro che sono privi di tali mezzi»¹¹⁶. Quel primo comma deve essere, pertanto, letto in stretta correlazione con i commi successivi, ricavando da esso la sussistenza di un divieto di introdurre barriere all'ingresso, soprattutto legate al censo.

Vi sono, poi, due ulteriori considerazioni di carattere non strettamente giuridico che si esporranno brevemente: innanzitutto, si ritiene sia necessario prendere consapevolezza del fatto che i temi legati al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere richiedono competenze e conoscenze specifiche in tutti i settori del sapere che la famiglia potrebbe anche non possedere. La scuola, pertanto, avrebbe potuto rappresentare proprio il luogo migliore dove approfondire in chiave critica e non semplicistica tematiche dall'evidente impatto sociale, con linguaggi e modalità di esposizione adatti all'età degli studenti¹¹⁷. Infine, affermare che nel contesto scolastico non possano essere introdotte tematiche ideologiche e divisive potrebbe essere pericoloso: la quantità di temi che presentano tali caratteristiche risulta talmente ampia, soprattutto alla luce dell'estremo particolarismo delle convinzioni personali che bene si è potuto cogliere proprio con lo scoppio della pandemia, da rischiare di bandire la discussione di innumerevoli temi, quali l'aborto, l'eutanasia, le cure mediche, i vaccini ecc., pregiudicando così lo sviluppo di una coscienza critica nei giovani¹¹⁸, imponendo nelle scuole una sorta di "politica del silenzio", questa sì contraria all'art. 33 comma 1 Cost., e trasformando le medesime in un contesto di apprendimento di puri dati nozionistici.

¹¹⁶ *Idem*, 76.

¹¹⁷ Sulla complessità dei temi trattati e sulla necessità di servirsi di un adeguato approccio comunicativo v. F. FERRARI, *Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti*, in *GenIUS*, 2016, 190 ss.

¹¹⁸ In dottrina è stato affermato che «i fanciulli hanno una loro autonomia giuridicamente rilevante e costituzionalmente tutelata. Non sono oggetti di creta plasmabili a piacimento degli adulti, siano essi i genitori o gli educatori. Finché la Costituzione assicuri la pari dignità sociale di tutti gli individui e l'eguale loro libertà – in (parziale) attuazione degli ideali liberali –, anche ad essi non può disconoscersi un diritto all'autodeterminazione, almeno nel senso di eguali *chances* di poter sviluppare una loro autonoma personalità e personali convinzioni circa loro stessi». V. M. PERINI, *op. cit.*, 163.

CONCLUSIONI

Dopo aver cercato di tracciare quale sia lo stato dell'arte sul dibattito inerente al problematico rapporto tra discorsi d'odio e diritto penale, è necessario compiere alcune riflessioni conclusive.

Volendo individuare il profilo di maggiore criticità della materia esso non può che essere rappresentato dall'assenza sul piano interno e sovranazionale di una definizione chiara e vincolante di discorso d'odio. La maggior parte delle difficoltà interpretative e delle perplessità circa la compatibilità delle disposizioni penalistiche con la libertà di manifestazione del pensiero derivano, infatti, proprio dall'assenza di una direttrice comune cui guardare per capire *in primis* di che cosa si stia parlando quando si utilizza l'espressione *hate speech*.

A questo proposito si ritiene che la definizione più adeguata sia quella che ruoti attorno ai due nuclei del pericolo concreto e della tutela dell'eguaglianza sostanziale, da una parte evitando in questo modo una eccessiva e, dunque, intollerabile anticipazione della soglia di rilevanza penale della condotta e, dall'altra, consentendo di cogliere quali siano le conseguenze materiali che dal discorso d'odio possono discendere¹.

Anche se il confine tra repressione di «espressioni obiettivamente odiose [...] e la censura arbitraria, pura e semplice, [...] è molto sottile»², uno sforzo legislativo in tal senso sarebbe in grado di far riflettere su due questioni: innanzitutto, sulla minaccia che i discorsi d'odio così ricostruiti rappresentano per la tenuta della società e della convivenza civile. In secondo luogo su come un intervento con lo strumento del diritto penale in questa materia non sia finalizzato né a tutelare i sentimenti delle minoranze, né a reprimere il dissenso su questioni divisive. In definitiva, si deve rifuggire da qualsiasi tentativo di attribuire alla sanzione penale il ruolo di strumento volto a assicurare e

¹ Sebbene l'uso di elenchi all'interno di una disposizione normativa sconti sempre dei limiti in termini di esaustività, una soluzione potrebbe essere quella di enumerare quali siano queste conseguenze materiali che più frequentemente si registrano attraverso l'analisi dell'incidenza statistica dei discorsi d'odio. Si potrebbe così fare riferimento alla negazione del diritto ad accedere all'istruzione, alle cure mediche, a condizioni di lavoro dignitose, all'imposizione di immotivate misure di limitazione della libertà di circolazione, all'esclusione dalla fruizione dei servizi pubblici e così via.

² G. ZICCARDI, *Le espressioni d'odio sulle piattaforme digitali: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in AA.VV., *Il linguaggio dell'odio: fra memoria e attualità*, Milano, 2021, 179

placare l'opinione pubblica di fronte a fenomeni allarmanti e di fare della controversia giudiziaria un mezzo per il perseguimento di fini politici.

Da questo punto di vista, dunque, l'*hate speech* giuridicamente inteso non deve essere confuso con quei messaggi c.d. politicamente scorretti che, opponendosi al *politically correct* quale forma di "catechismo civile"³, attirano vere e proprie campagne di oscuramento.

Il rischio che sia operata tale indebita sovrapposizione è, peraltro, un problema che è emerso di recente in tutta la sua drammaticità quando Masih Alinejad, attivista in difesa delle donne iraniane e del loro diritto a liberarsi definitivamente dell'hijab, «pezzo di stoffa solo all'apparenza innocuo perché simbolo dell'oppressione delle donne»⁴, è stata accusata, come lei stessa ha denunciato, di incentivare l'islamofobia⁵. Ulteriori esempi possono riguardare, tra gli altri, la denuncia dei crimini commessi dalle autorità israeliane a danno della popolazione palestinese, oppure le legittime richieste di contenimento dei flussi migratori. In queste due ultime ipotesi sarebbe un grave errore affermare che chi sostiene tali posizioni sia, per ciò solo, antisemita o razzista e conseguentemente responsabile per attività di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, oppure per istigazione alla commissione di atti di discriminazione.

Non possono, dunque, che preoccupare quei tentativi di definizione di singole manifestazioni di discorsi d'odio che, per colmare la mancanza di una descrizione generale del fenomeno, inseriscono esemplificazioni che vanno ben oltre l'intento iniziale. È il caso della definizione di antisemitismo data il 26 Maggio 2016 dalla Plenaria dell'Alleanza internazionale per la memoria dell'Olocausto (IHRA) secondo la quale «esempi contemporanei di antisemitismo nella vita pubblica, nei mezzi di comunicazione, nelle scuole, al posto di lavoro e nella sfera religiosa includono: [...] applicare due pesi e due misure nei confronti di Israele richiedendo un comportamento non atteso da o non richiesto a nessun altro stato democratico; [...] fare paragoni tra la politica israeliana contemporanea e quella dei nazisti»⁶. Nel Giugno 2017 il Parlamento europeo ha

³ La definizione di politicamente corretto come catechismo civile è data da E. CAPOZZI, *Politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Venezia, 2018.

⁴ G. FANTASIA, *Masih Alinejad: "In Iran il corpo e la mente delle donne sono un ostaggio"*, 8 Marzo 2022, in www.ilfoglio.it.

⁵ M. ALINEJAD, *Why I'm opposed to Ilhan Omar's bill against Islamophobia*, 25 Gennaio 2022, in www.washingtonpost.com.

⁶ La definizione è disponibile al sito www.holocaustremembrance.com.

approvato la Risoluzione 2017/2692(RSP) con cui ha invitato “gli Stati membri e le istituzioni ed agenzie dell'Unione europea ad adottare e applicare la definizione operativa di antisemitismo utilizzata dall'Alleanza internazionale per la memoria dell'Olocausto (IHRA), al fine di sostenere le autorità giudiziarie e di contrasto nei loro sforzi volti a identificare e perseguire con maggiore efficienza ed efficacia le aggressioni antisemite”⁷. Alla Risoluzione europea hanno dato seguito numerosi Stati, tra cui l'Italia⁸.

Le forti perplessità suscitate da una simile ricostruzione del significato di antisemitismo sono state chiaramente espresse nella recente Dichiarazione di Gerusalemme sull'antisemitismo (*Jerusalem Declaration on Antisemitism*, abbreviato con *JDA*), sottoscritta da più di duecento studiosi. Nell'ambito del preambolo si può leggere che la Dichiarazione «costituisce una risposta alla “definizione IHRA [...]». Poiché la definizione IHRA è poco chiara in aspetti chiave e ampiamente aperta a diverse interpretazioni, essa ha causato confusione e generato polemiche, indebolendo così la lotta all'antisemitismo. [...] La definizione IHRA comprende 11 "esempi" di antisemitismo, 7 dei quali incentrati sullo Stato di Israele. Mentre questo pone un'enfasi indebita su un'area geopolitica specifica, è ampiamente avvertito un bisogno di chiarezza sui limiti di legittimità di quanto si dice e di quanto si fa in termini politici riguardo a Sionismo, Israele e Palestina. Il nostro obiettivo è duplice: (1) rafforzare la lotta contro l'antisemitismo chiarendo cos'è e come esso si manifesta, (2) garantire che sia disponibile lo spazio per un dibattito aperto sull'annosa questione del futuro di Israele / Palestina»⁹.

Allo scopo primario dell'individuazione di una definizione giuridicamente vincolante di discorso d'odio se ne aggiungono, quindi, due ulteriori: evitare di dover ripiegare su ricostruzioni paragonabili a quelle dell'IHRA e proteggere lo svolgimento di un autentico dibattito pubblico.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se la lacuna attualmente esistente a livello generale abbia delle ripercussioni a livello pratico, attraverso scorrette applicazioni, sul piano interno, dell'art. 604-*bis* c.p. Rispetto a tale interrogativo si impone una distinzione:

⁷ Il testo della Risoluzione è consultabile al sito www.eur-lex.europa.eu.

⁸ V. *Il contrasto ai fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza. Normativa e attività nazionali e dell'Unione Europea*, 5 Febbraio 2020, in www.senato.it

⁹ V. www.jerusalemdeclaration.org; ricostruisce il rapporto tra la definizione IHRA e quella della Dichiarazione C. VERCELLI, *Definire l'antisemitismo*, 13 Aprile 2021, in www.joimag.it, il quale mette sull'avviso che «la parte più rilevante della Dichiarazione di Gerusalemme, quella che ancora una volta slega il pregiudizio antiebraico dall'arcipelago antisionista, sarà fonte di molte discussioni se non di rinnovate polemiche, soprattutto in campo ebraico».

mentre nel “senso comune”, come detto, accade spesso che esternazioni particolarmente colorite, in taluni casi anche effettivamente offensive, in altri soltanto opinabili e non condivisibili, siano tacciate di essere propaganda d’odio o istigazione alla discriminazione, se ci si sposta nell’ambito della discussione dottrinale e giurisprudenziale ciò tendenzialmente non si verifica. Questo appare evidente tanto nel modo in cui è stato ricostruito il significato dei singoli termini della disposizione in esame, quanto nelle molteplici sentenze conclusive delle specifiche vicende giurisdizionali citate.

Le linee interpretative consolidate in giurisprudenza per chiarire i confini applicativi dell’art. 604-*bis* c.p. sono tali, dunque, da sgombrare il campo da possibili derive liberticide.

Un’ultima considerazione pare opportuna sul fronte dell’individuazione della strategia migliore di contrasto ai discorsi d’odio. Quanto fin qui sostenuto in tema di responsabilità delle persone fisiche ha come conseguenza la riduzione della sfera applicativa dell’art. 604-*bis* c.p. ad un campo ristretto. Optare per una ricostruzione della fattispecie come di pericolo astratto o individuare il bene giuridico tutelato nell’eguaglianza formale o nella dignità umana, intesa come meta-principio, comporterebbe certamente una rilevanza maggiore della fattispecie, ma al tempo stesso determinerebbe la lesione del principio di offensività ed *extrema ratio*, ed esporrebbe la medesima a censure di incostituzionalità. In una prospettiva ancora più generale, ampliare il campo di applicazione della disposizione esaminata significherebbe cadere in quella che è stata definita «l’irresistibile fascinazione per il punire» propria del nostro tempo e che ha portato all’emersione, non solo in Italia, di un diritto penale totale¹⁰.

Piuttosto, là dove la disposizione penale non trova applicazione si deve agire con gli strumenti dell’educazione, dell’istruzione e dell’informazione. Questa triade dovrebbe operare in una duplice direzione: da una parte, nel rifuggire da narrazioni stereotipate o addirittura false al solo scopo di alimentare tensioni e divisioni, nell’indagare le origini storiche, filosofiche e politiche di certi meccanismi discriminatori, nel sensibilizzare la popolazione sulle conseguenze della diffusione di messaggi offensivi e denigratori. Dall’altra, nel far comprendere l’importanza in un contesto democratico di un sano confronto, specie sulle questioni che più direttamente attengono al vivere comune,

¹⁰ T. GUERINI, *Fake news*, cit., 194, il quale prosegue sottolineando l’importanza del recupero del valore della razionalità come strumento fondamentale di ingegneria sociale.

evitando appiattimenti del pensiero e l'avvio di dinamiche inquisitoriali. Destinataria di questo necessario percorso educativo sarebbe, di conseguenza, l'intera società civile, da coloro che si fanno portavoce della diffusione dei discorsi d'odio o dei soli pregiudizi che li originano, a coloro che presentano uno o più dei tratti e qualità protetti e a coloro che sono già impegnati nella formazione di un contesto civico più inclusivo, i quali, pur animati da buoni propositi, possono facilmente arrivare ad assumere atteggiamenti "dittatoriali".

È proprio attraverso la valorizzazione di questi percorsi educativi che si auspica che in un prossimo futuro il livello di incidenza dei discorsi d'odio e la loro pericolosità si affievolisca a tal punto da rendere la sanzione penale uno strumento inutile e, dunque, eliminabile.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *All You Need is "Love": Evading Hate Speech Detection*, in *Adversarial Machine Learning*, Toronto, 2018, 2 – 12.

AA.VV., *Combattere les discours de haine sur internet*, *Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, 2015, in www.unesdoc.unesco.org.

AA.VV., *Gay-Straight Alliances, Inclusive Policy, and School Climate: LGBTQ Youths' Experiences of Social Support and Bullying*, in *Journal of Research on Adolescence*, 30/2020, 418 – 430.

AA.VV., *Gender Differences in Correlates of Homophobia and Transphobia*, in *Sex Roles*, 59/2008, 521 – 531.

AA.VV., *Gender Violence. Transgender Experiences with Violence and Discrimination*, in *Journal of Homosexuality*, 42/2002, 89 – 101.

AA.VV., *HIV-related stigma within communities of gay men: a literature review*, in *Psychological and Socio-medical Aspects of AIDS/HIV*, 4/2012, 405 – 412.

AA.VV., *La giustizia riparativa. Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*, 2016, in www.giustizia.it.

AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 Dicembre 2016.

AA.VV., *Online networks of racial hate: A systematic review of 10 years of research on cyber-racism*, in *Computers in Human Behavior*, 87/2018, 75 – 86.

AA.VV., *Social Consciousness in Legal Decision Making. Psychological Perspectives*, Springer, New York, 2007.

ABBONDANTE F., *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, 1-2/2017, 41 – 68.

ALINEJAD M., *Why I'm opposed to Ilhan Omar's bill against Islamophobia*, 25 Gennaio 2022, in www.washingtonpost.com.

ALLPORT W.G., *The Nature of Prejudice*, in STANGOR C., *Stereotypes and Prejudice*, Psychology Press, Philadelphia, 2000.

AMATO G., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Il Mulino, Milano, 2015.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA), *Guidelines for psychological practice with transgender and gender nonconforming people*, in *American Psychologist*, 2015.

AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Torino, 2016.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Barometro dell'odio. Intolleranza pandemica*, 2021, in www.amnesty.it.

- *Meta consente incitamento all'odio: un (altro) pessimo segnale*, 14 Marzo 2022, in www.amnesty.it.

ANTI-DEFAMATION LEAGUE (ADL), *Hate Crime Laws, the ADL Approach*, 2012, in www.adl.org.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1997.

- *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2008.

ASSOCIAÇÃO PORTOGUESA DE APOIA À VITIMA (APAV), *Manuale Hate No More per il supporto delle vittime di crimini d'odio*, 2018, in www.apav.pt.

BACCO F., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2018.

- *Norme antidiscriminatorie*, in PULITANÒ D. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2019.

BAGNATO K., *Online hate speech: responsabilità pedagogico-educative*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 20/2020, 195 – 211.

BAIOCCO R., *Audizione in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 21 Maggio 2020, in www.camera.it

BALBI G., *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Criminalia*, 2018, 233 – 263.

BARENDT E., *What Is The Harm of Hate Speech?*, in AA.VV. *Ethical Theory and Moral Practice*, 22/2019, 539 – 553.

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, 1974, 424 – 486.

BARKER K., JURASZ O., *Online Misogyny as a Hate Crime: An Obstacle to Equality?*, in *GenIUS*, 1/2021, 51 – 66.

BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Diritto penale e processo*, 5/2013, 600 – 606.

BARTOLI R., PELISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2021.

BASILE F., *Violenza sulle donne: modi e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1 – 5.

BASSINI M., *Fundamental Rights and Private Enforcement in the Digital Age*, in *European Law Journal*, 25/2019, 182 – 197.

- *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *Medialaws*, 2/2019, 248 – 258.

- *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità “complessa”?*, in *Federalismi.it*, 3/2015, 2 – 47.

- *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “Poteri privati”. Spunti di comparazione*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2/2021, 43 – 64.

BAUMAN Z., *Modernità e olocausto*, Il Mulino, Bologna, 1992.

BEALE S.S., *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law or Tool for Criminal Enforcement?*, in *Boston University Law Review*, 80/2000, 1227 – 1281.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. BURGIO, Feltrinelli, Milano, 2010.

BELL J., *Book Review. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics by James Jacobs and Kimberly Potter*, in *Punishment and Society*, 3/2001, 552 – 554.

BELLAGAMBA F., *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale “simbolica”?*, in *Criminalia*, 2018, 265 – 291.

BELLOCCI M., PASSAGLIA P. (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, 2007, in www.cortecostituzionale.it.

BENADUSI L., *La storia dell'omosessualità maschile: linee di tendenza, spunti di riflessione e prospettive di ricerca*, in *Rivista di Sessuologia*, 1/2007, 1 – 15.

- *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Feltrinelli, Milano, 2021.

BERIZZI P., *Varese, sigilli alla sede dei neonazisti di Do.Ra: sequestrate asce, pugnali e svastiche*, 12 Dicembre 2017, in www.milano.repubblica.it.

- *“Vogliono ricostruire il partito fascista”, chiesto il processo per 52 naziskin di Varese*, 6 Marzo 2019, in www.milano.repubblica.it.

BETTIOL G., *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966.

BOCCHINI F., *Convivenza civile e ordine pubblico*, in *Nomos*, 1/2020, 1 – 17.

BOGNETTI G., *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1958.

BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2018, 102 – 118.

- *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 Dicembre 2016, 27 – 32.

BORRELLI P., *Art. 604-bis Codice Penale – Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, Codice Penale Commentato, in DeJure.

BORRILLO D., *Omofobia: violenza, vulnerabilità e invisibilità*, in *GenIUS*, 2/2020, 81 – 91.

- *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Edizioni Dedalo, Bari, 2001.

BORTONE R., CERQUOZZI F., *L'hate speech al tempo di Internet*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2017, 818 – 827.

BOTTURI F., *Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it

BOUCHARD M., *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, 2/2015, 66 – 78.

BRASCHI S., *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 3/2020, 157 – 178.

BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2016, 978 – 998.

BUFFON C., BUFANO E., DINISI A., *Sentenze di Settembre 2021*, 28 Gennaio 2022, in www.questionegiustizia.it.

BURI I., *The lesson of the French Constitutional Council on the fight against hate speech and the latest on the upcoming Digital Services Act*, in *CiTiP Centre for IT and IP Law*, 6 Ottobre 2020.

CAIELLI M., *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in *GenIUS*, 1/2015, 54 – 65.

- *Audizione sulle proposte di legge recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.

CAPUTO M., *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*, 2014, 1 – 50.

CARBONE R., *La responsabilità dell'amministratore del blog in concorso con l'autore della pubblicazione di commenti diffamatori*, in *Cassazione penale*, 7/2017, 2781 – 2789.
- *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cassazione penale*, 8/2017., 2782 – 2789.

CARUSO C., *Tecniche argomentative della Corte Costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in VALENTINI C., *Costituzione e ragionamento giuridico*, CLUEB, Bologna, 2012.

- *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, 963 – 984.

- *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Consulta Online*, 2020, 1 – 12.

CASADEI T., *Questioni di linguaggio e funzioni del diritto. Note intorno a un recente studio sulle discriminazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1/2017, 295 – 302.

CASAROSA F., *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di “enforcement” efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia*, 8 Luglio 2020.

CASSANO G., *Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo. Brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale*, in *Diritto di internet*, 2/2021, 222 – 224.

CASTELLANETA M., *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso di diritto nei casi di hate speech*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 3/2017, 745 – 751.

- *Responsabilità del politico per commenti altrui su Facebook: conforme alla Convenzione europea la “tolleranza zero” nei casi di messaggi d'odio*, in *MediaLaws*, 3/2021, 211 – 227.

CESARINI P., *The Digital Services Act: a Silver Bullet to Fight Disinformation?*, 8 Febbraio 2021, in www.medialaws.eu.

CHINOTTI S., *Un commento sulle proposte di legge in materia di discriminazione o violenza per motivi di genere, orientamento sessuale e identità di genere. Audizione avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

CHIODI D., *World Health Expo a Wuhan: oltre il danno anche la beffa*, 15 Novembre 2020, in www.ofcs.it.

CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato. Caratteristiche e normativa di contrasto degli hate crimes*, 2020, in www.interno.gov.it.

CIRCOLO PINK (a cura di), *Le ragioni di un silenzio. La persecuzione degli omosessuali durante il nazismo e il fascismo*, Verona, 2002.

CIRELLI A., *“Quest'unione civile non s'ha da fare”: il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo*, in *GenIUS*, 1/2021, 130 – 146.

CLAUSSEN V., *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *Rivista di diritto dei media*, 3/2018, 110 – 138.

COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 1 – La legge penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

- *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 2 – Il reato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

COMMISSIONE EUROPEA, *Countering illegal hate speech online – 5th evaluation of the Code of Conduct*, Giugno 2020.

- *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, 15 Dicembre 2020, in www.eur-lex.europa.eu.

CONSIGLIO D'EUROPA, *Secretary General concerned about Internet censorship*, 1 Giugno 2017, in www.coe.int.

- *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2014, in www.coe.int.

CONSORTI P., «*Note verbali*» e discriminazione di genere. *Un esempio di ingerenza diplomatica*, in *GenIUS*, 1/2021, 88 – 97.

CORBETTA S., *Caso “Google”*: nessuna responsabilità dell'host provider per l'omesso impedimento di reati realizzati dagli utenti della rete, in *Diritto penale e processo*, 3/2014, 273 – 280.

CORSO G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, , Milano, 1980, 1057 – 1084.

CURRERI, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in *GenIUS*, 2/2021, 48 – 68.

CURRÒ S., RIZZO A., *Omofobia e omicidio in Italia: un'analisi psicologica*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2/2014, 120 – 137.

D'AMBROSIO L., *Responsabilità degli Internet Provider e Corte di Giustizia dell'Unione Europea: quali spunti per il sistema penale italiano?*, in LUPARIA L. (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2012.

D'AMICO L., *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La legislazione penale*, 2020, 1 – 40.

D'AMICO M., *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, 18 Febbraio 2020, in www.camera.it.

D'AMICO M., FIANO N., *La Costituzione non odia: sui limiti costituzionali al discorso di odio*, in AA.VV., *Il linguaggio dell'odio. Fra memoria e attualità*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

D'ERIL C.M., VIGEVANI G.E., *Discorsi d'odio in zone di guerra: Meta cambia i parametri per valutarli*, 19 Marzo 2022, in www.ilsole24ore.com.

D'IPPOLITI C., SCHUSTER A. (a cura di), *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Armando Editore, Roma, 2011.

DALL'ORTO, *Tutta un'altra storia. L'omosessualità dall'antichità al secondo dopoguerra*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

DAMENO R., *Educazione e genere. Presentazione*, in *GenIUS*, 2/2016, 147 – 149.

DANIELE L., *Negazionismo e libertà d'espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano. Per una democrazia tollerante, anziché «militante»*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 10/2017, 79 – 104.

DANIELE M., *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019.

DANISI C., *La decisione Vejdeland e altri c. Svezia: Hate speech, orientamento sessuale e CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 450 – 454.

DE FRANCESCO A., *Disegno di legge “Zan”: elementi di riflessione*, 21 Maggio 2021, in www.filodiritto.com.

DE GREGORIO G., *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2021, 41 – 70.

DE MARI S., *D.D.L. Zan: analisi articolo per articolo per capire quanto sia sbagliato*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it.

DE SENA P., CASTELLANETA M., *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, in *SIDIBlog*, 20 Gennaio 2020.

DEL BÒ C., *Menzogne che non si possono perdonare, ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia*, 2013, 285 – 298.

DELGADO R., *Words that Wound: A tort action for racial insults, epithets and name-calling*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 17/1982, 133 – 181.

DELGADO R., STEFANCIC J., *Critical Race Theory. An Introduction*, New York University Press, New York – Londra, 2001.

DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazioniste nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDIBlog*, 22 Giugno 2016.

DI CESARE D., *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022.

DI CIOMMO F., *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, in *Il Foro italiano*, 4/2017, 576 – 589.

DI FIORINO M., CORRETTI G., *Perversioni. Il lato oscuro dei comportamenti sessuali*, Forte dei Marmi, 2004.

DI GIOVINE A., *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 1/2006, 13 – 28.

DI MAIO A., *Il D.D.L. Zan tra nobili aspirazioni e nuove forme di diritto penale simbolico*, in *Diritto di Difesa*, 2/2021, 482 – 494.

DI MARTINO A., *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in COCCO G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, CEDAM, Padova, 2016.

- *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, 11 Luglio 2021, in www.senato.it.

DI PINTO S., *"Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale*, in *Osservatorio penale*, 31 Marzo 2014.

DIAMOND M., *Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different*, in *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 3/2002, 320 – 334.

DIETERT M., *Living in a gender dichotomized society: The experiences of male-identified transpeople*, Texas Woman's University, 2009.

DIETERT M., DENTICE D., *Gender Identity Issues and Workplace Discrimination: The Transgender Experience*, in *Journal Workplace Rights*, 1/2009, 121 – 140.

DIGNAM P.A., ROHLINGER D.A., *Misogynistic Men Online: How the Red Pill Helped Elect Trump*, in *Journal of Women in Culture and Society*, 3/2019, 589 – 612.

DIONEDI C., *Alcune osservazioni aggiuntive sul D.D.L. sulla omotransfobia*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it.

DOLCE R., *Istigazione a delinquere*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, 1972, 995 - 1000.

DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2011, 24 – 37.

- *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 18/2012, 1 – 10.

- *Pena e Costituzione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2019, 3 – 33.

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2013, 3 – 43.

DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

DUNN P., *Il contrasto europeo all'hate speech online: quali prospettive future?*, 20 Gennaio 2021, in www.medialaws.eu.

- *Piattaforme digitali e moderazione dei contenuti d'odio: noti giuridici e pratici*, 3 Maggio 2021, in www.medialaws.eu

DUNN P., DE GREGORIO G., *AI Act, rischio e costituzionalismo digitale*, 22 Aprile 2022, in www.medialaws.eu.

ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression*, 2020, in www.echr.coe.int.

- *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights. Prohibition of abuse of rights*, 2020, in www.echr.coe.int.

ERCOLANI P., *Contro le donne. Storia e critica del più antico pregiudizio*, Marsilio Editore, Venezia, 2016.

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *Rapporto dell'ECRI sull'Italia – quinto ciclo di monitoraggio*, 18 Marzo 2016, in www.coe.int.

- *Rapporto annuale dell'ECRI: disuguaglianze aggravate dal Covid-19, ripercussioni per le persone LGBTI e crescente intolleranza religiosa*, 18 Marzo 2021, in www.coe.int.

FADDA M.L., *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 1 – 33.

FALLETTA P., *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws*, 1/2020, 146 – 158.

FALLETTI E., *Cassazione e Corte di giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google*, in *il Corriere giuridico*, 6/2014, 798 – 810.

FANTASIA G., *Masih Alinejad: “In Iran il corpo e la mente delle donne sono un ostaggio”*, 8 Marzo 2022, in www.ilfoglio.it.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI), *Hate Crime Statistics 2019*, in www.fbi.gov.

FERRAJOLI L., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

- *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma – Bari, 2018.

FERRARI F., *Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti*, in *GenIUS*, 2/2016, 178 – 192.

FERRARI S., *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2009, 164 – 178.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.

- *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2012.

- *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2016.

- *Cosa non va nel D.D.L. Zan*, 17 Maggio 2021, in www.ilfoglio.it.

FILICE F., *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

FIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 1084 – 1106.

FIORELLA A. (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

FISH W.B., *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, *University of Missouri*, 50/2002, 462 – 492.

FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet: un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, CEDAM, Padova, 2010.

FLORES M., *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino*, 2007.

- *Revisionismo storiografico*, in *Enciclopedia italiana*, VII Appendice, 2007.

FOGLIA M., *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, in Consulta Online, 16 Marzo 2020, 1 – 10.

FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957.

FORNASARI G., RIONDATO S. (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2017.

FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna, 2017.

FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012.

- *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, 1/1997, 32 – 77.

- *Profili penalistici del negazionismo*, in Rivista italiana di Diritto e procedura penale, 3/1999, 1034 – 1074.

FRONZA E., GAMBERINI M., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in Diritto penale contemporaneo, 2013, 1 – 8.

GALAZZO G., *Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero: una riflessione*, in Giurisprudenza penale, 9/2016, 1 – 10.

GALEOTTI A.E., *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

GAMBI M., *I “discorsi d'odio” nella visione del giudice penale di legittimità. Nota a Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 33414/2020, 12 Aprile 2021*, in www.filodiritto.com.

GARLAND J., CHAKRABORTI N., *Divided by a common concept? Assessing the implications of different conceptualizations of hate crime in the European Union*, in *European Journal of Criminology*, 1/2012, 38 – 51.

- *Hate Crime. Impact, Causes and Responses*, SAGE Publications Ltd, Los Angeles-London, 2015.

- *Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and “difference”*, in *Theoretical Criminology*, 4/2012, 499 – 514.

GASPARINI I., *L’odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all’online hate speech*, in *Jus*, 3/2017, 505 – 532.

GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme “integratrici” nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, 1 – 11.

GAVRIELIDES T., *Contextualizing Restorative Justice for Hate Crime*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 18/2012, 3624 – 3643.

GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes: Causes, Controls and Controversies*, Sage, Los Angeles-London, 2018.

GIALUZ M., DELLA TORRE J., *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2018, 277 – 294.

GIANFORMAGGIO L., *Eguaglianza, donne, diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

GILMORE D.D., *Misogyny. The male malady*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001.

GING D., SIAPERA E., *Special issue on online misogyny*, in *Feminist Media Studies*, 4/2018, 515 – 524.

GIORDANELLI F., CHIARINI A., *Il Regolamento sull'Intelligenza artificiale: "essere o non essere" intelligenza artificiale*, 3 Marzo 2022, in www.medialaws.eu.

GOISIS L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.

- *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*, 2012, 1 – 70.

- *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *GenIUS*, 1/2021, 67 – 86.

- *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di "genere"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 1 – 28.

- *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *GenIUS*, 1/2015, 40 – 54.

- *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2020, 1521 – 1546.

GOLUNOVA V., REGULES J.M., *The Digital Services Act and freedom of expression: triumph or failure?*, in *Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft*, 8 Febbraio 2021.

GONSIORREK J.C., SELL R.L., WEINRICH J.D., *Definition and Measurement of Sexual Orientation*, in *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 25/1995, 40 – 51.

GRAGLIA, *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale e/o di identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it

GRANDINETTI O., *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, 1/2021, 173 – 204.

GRISON T., JULLIARD V., *Les enjeux de la modération automatisée sur les réseaux numériques: les mobilisations LGBT contre la loi Avia*, in *Communication, technologies et développement*, 10/2021, 1 – 10.

GUERINI T., *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

HEINZE E., *Hate speech and democratic citizenship*, Oxford, 2016.

HELDT A., *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, in *Internet Policy Review*, 2/2019, 1 – 18.

HEREK G.M., *Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A conceptual Framework*, in D.A. HOPE, *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities*, New York, 2009.

HILL D.B., *Genderism, transphobia and gender bashing: a framework for interpreting anti-transgender violence*, in WALLACE B., CARTER R. (a cura di), *Understanding and dealing with violence: a multicultural approach*, Londra, 2002.

HILL D.B., WILLOUGHBY B.L.B., *The development and validation of the genderism and transphobia scale*, in *Sex Roles*, 7/2005, 531 – 544.

HOFFMANN A., GASPAROTTI A., *Liability for illegal content online. Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a “Digital Services Act”*, Marzo 2020, in www.cep.eu.

HOME OFFICE, *Hate Crimes, England and Wales, 2019-2020*, in www.homeoffice.gov.uk.

IEVOLELLA A., *“Basta stranieri”: slogan shock per il volantino elettorale. Cade l'accusa di razzismo*, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

IGANSKI P., *Hate Crimes Hurt More*, in *American Behavioral Scientist*, 4/2001, 626 – 638.

IGANSKI P., LEVIN J., *Hate Crime. A Global Perspective*, Routledge, New York-London, 2015.

IMARISIO L., *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *GenIUS*, 1/2015, 28 – 40.

INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel cibernazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in LUPARIA L. (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2012.

- *La sentenza della Cassazione sul Caso Google*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 Febbraio 2014.

- *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Diritto penale e processo*, 12/2017, 1621 – 1628.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR), *Pathologization: Being Lesbian, Gay, Bisexual and/or Trans is Not an Illness*, 12 Maggio 2016, in www.oas.org.

ISTAT, *La violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia*, 2014, in www.istat.it.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Milano, 1988.

KAYNE D., *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 1 Luglio 2017, in www.ohchr.org.

KEEN E., GEORGESCU M., *A manual for combating hate speech online through human rights education*, 2016, in www.coe.int.

KETTERMANN C., *Follow-up to the comparative study on “blocking, filtering and takedown of illegal Internet content”*, 2019, in www.edoc.coe.int.

KNECHTLE J.C., *When to Regulate Hate Speech*, in *Dickinson Law Review*, 3/2006, 539 – 378.

JACOBS J., POTTER K., *Hate Crimes: A Critical Perspective*, in *Crime and Justice*, 22/1997, 1 – 50.

- *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

JEMOLO A.C., *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, 268 – 272.

JOUAN H., *Il y a trente ans à Montréal, le premier féminicide de masse*, 15 Novembre 2019, in www.lemonde.fr.

LA TORRE C., *Audizione Commissione Giustizia – esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 568 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 18 Febbraio 2020, in www.camera.it.

LAMANUZZI M., *Il “lato oscuro della rete”: odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, 2021, in www.la legislazione penale.eu.

LAWRENCE F. M., *Punishing hate: bias crimes under American Law*, Cambridge, 1999.

LEOTTA C.D., *Parere sulle proposte di legge A.C.107 Boldrini, A.C. 569 Zan, A.C.868 Scalfarotto, A.C.2171 Perantoni, A.C.2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli artt. 604 bis e 604 ter c.p., in materia di violenza e discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 8 Giugno 2020, in www.camera.it.

LEVAY S., *The Sexual Brain*, MIT Press, Londra, 1993.

LEVI P., *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino, 1958.

LEVIN B., *Hate Crimes: Worse by Definition*, in *Journal Of Contemporary Criminal Justice*, 1/1999, 6 – 21.

LOCATI G.M., GUARNIERI F.R., *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 Luglio 2020.

LUGATO M., *La nota verbale della S. Sede sul “DDL Zan” – Profili di diritto internazionale*, 29 Giugno 2021, in www.centrostudilivatino.it.

MAGNO T., *Il progetto Evidence e le principali criticità nell’accesso alle prove elettroniche transnazionali in materia penale: quale futuro?*, in *Informatica e diritto*, 2/2016, 145 – 155.

MAITRA I., MCGOWAN M.K., *Speech and harm. Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

MANETTI M., *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2017.

MARCONI G., *Propaganda ed apologia sovversiva*, in Enciclopedia del diritto, XXXVIII, 1988, 147 – 160.

MARIEZ J., GODFRIN L., *Lutte contre les contenus haineux sur internet: décryptage de la loi dite “Avia”*, in Dalloz Actualité, 28 Maggio 2020.

MARTINELLI S., *La responsabilità del provider e la gestione dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme*, in AA.VV., *Tecnologia e diritto. Tomo II*, Giuffrè, Milano, 2019.

- *Digital Services Act: la nuova proposta di Regolamento per le piattaforme*, 22 Marzo 2021, in www.altalex.com.

- *La chiusura dell’account Facebook di un’associazione: quale tutela?*, in Giurisprudenza italiana, 10/2021, 2089 – 2097.

MAZZOLAI B., *La censura su piattaforme digitali private: il caso CasaPound c. Facebook*, in Diritto dell’informazione e dell’informatica, 1/2020, 104 – 121.

MAZZUCATO C., *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in DE FRANCESCO G., PIEMONTESE C., VENAFRO E., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Giappichelli, Torino, 2007.

MCGONAGLE T., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, 2012, in www.rm.coe.int.

MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano, 2002.

MELZI D’ERIL C., VIGEVANI G.E., *Odio in rete e rimozione delle pagine Facebook: giudice che vai, soluzione che trovi*, in *IlSole-24ore*, 27 Febbraio 2020.

MERLI A., *Violenza di genere e femminicidio*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 1/2015, 430 – 468.

MEZZEO E., TURILLAZZI E., *Repressione della violenza sessuale*, in NORELLI G.A., BUCCELLI C., FINESCHI V. (a cura di), *Medicina legale e delle assicurazioni*, Piccin, Padova, 2014.

MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2021, 111 – 136.

MIGLIO M., *I gestori di un sito internet rispondono penalmente per i commenti offensivi pubblicati dagli utenti*, in *Giurisprudenza penale web*, 1/2017.

MINOTTI D., *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad “attivarsi”?*, in *InterLex*, 5 Maggio 2003.

MODOOD T., *Hate speech: The feelings and beliefs of the hated*, in AA.VV. *Understanding and regulating hate speech: A symposium on Jeremy Waldron's The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Harvard, 2012.

MONTANARI M., *Approvato dalla Camera il progetto di legge in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia – Proposta di legge S. (Scalfarotto e a.)*, 24 Settembre 2013, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

- *Prime impressioni sul caso Sabam c. Netlog NV: gli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore online*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2012, 1082 - 1099.

MONTI M., *Avvisaglie di un “maccartismo”: il caso Mehanna e l'evoluzione (o involuzione?) della dottrina sulla libertà di espressione negli Stati Uniti*, 15 Ottobre 2014, in www.forumcostituzionale.it.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, CEDAM, Padova, 1976.

MOSER C., *Defining Sexual Orientation*, in *Archives of Sexual Behavior*, 45/2016, 505 – 508.

MOSSE G.I., *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Laterza, Bari, 2010.

NADDEO M., *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 – 33.

NARDOCCI C., *La Corte europea ritorna sul discorso d'odio: tra bilanciamenti e tentativi di esercitazioni linguistiche. In margine a Stomakhin c. Russia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 1 – 5.

NDEMESA FAUSTA F., *La radio e il machete. Il ruolo dei media nel genocidio in Rwanda*, Infinito Edizioni, Modena, 2009.

NEWTON M., *The Ku Klux Klan in Mississippi. A History*, McFarland & Company, Jefferson-Londra, 2010.

NICASTRO G. (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2015, in www.cortecostituzionale.it.

NICITA A., *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, 25 Novembre 2020, in www.medialaws.eu.

NOCERA A., *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 1 – 24.

NOELLE M., *The Ripple Effect of the Matthew Shepard Murder*, in *American Behavioral Scientist*, 1/2002, 27 – 50.

NORTON J., *“Brain Says You’re a Girl, But I Think You’re a Sissy Boy”*: Cultural Origins of Transphobia, in *International Journal of Sexuality and Gender Studies*, 2/1997, 139 – 164.

NOTARI F., *La controversa responsabilità dell’Internet Service Provider in materia di privacy nella giurisprudenza europea e interna: il caso Google*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 Aprile 2016, 1 – 14.

O’REGAN C., *Hate Speech Online: an (Intractable) Contemporary Challenge?*, in *Current Legal Problems*, 1/2018, 403 – 429.

OLIVERO B., *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, 618 – 625.

OLIVIA T.D., ANTONIALLI D.M., GOMES A., *Fighting Hate Speech, Silencing Drag Queens? Artificial Intelligence in Content Moderation and Risks to LGBTQ Voices Online*, in *Sexuality & Culture*, 25/2021, 700 – 732.

Omocausto. Lo sterminio dimenticato degli omosessuali, 2, in www.arcigay.it.

ORDINE DEGLI PSICOLOGI DELLA REGIONE EMILIA ROMAGNA, *Il no dell’Ordine degli Psicologi dell’Emilia Romagna alle terapie riparative*, 2011, 1 – 6.

OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, ODIHR, Varsavia, 2009.

- *Contributo della Società Civile al Rapporto Annuale dell’ODIHR sui Crimini motivati dall’Odio*, in www.hatecrime.osce.org.

OSSERVATORIO ITALIANO SUI DIRITTI (VOX), *La nuova Mappa dell’Intolleranza n. 5*, in www.voxdiritti.it.

PADOVANI T., *Favoreggiamento*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XIV, Roma, 1989.

PAGELLA C., *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, 17 Maggio 2019, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

PALAZZO F., *Quale futuro per le “pene alternative”?*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1/2019, 539 – 554.

PALAZZO N., *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, in GenIUS, 1/2021, 6 – 25.

PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell’ISP e meccanismi di notice and take down*, in Diritto penale contemporaneo, 5/2018, 249 – 263.

PAOLUCCI F., *Il blocco dei social di Trump e la libertà di espressione online*, 15 Febbraio 2021, in www.iusinitinere.it.

PASSARELLI G., *La metamorfosi dei social media. La rilevanza sociale nell’attuale agorà digitale di un servizio “privatistico”*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 5/2021, 1195 – 1205.

PASTA S., *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell’odio online*, Morcelliana, Brescia, 2018.

PAVICH G., BONOMI A., *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, 2014, 1 – 38.

PELISSERO M., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010.

- *Considerazioni sulle proposte di legge nn. 107, 569, 868, 2155, 2255 – Modifiche agli artt. 604-bis e 604-ter c.p. in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, Audizione del 18 Febbraio 2020, 5, in www.camera.it.

- *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIus*, 2015, 14 – 28.

PERINI M., *Educazione alla parità di genere: tra autonomia individuale, spirito repubblicano, famiglia e competenze regionali (senza dimenticare la libertà di insegnamento)*, in *GenIUS*, 2/2016, 150 – 167.

PERRY B., *A Crime by Any Other Name: The Semantics of "Hate"*, in *Journal of Hate Studies*, 4/2006, 121 – 137.

- *The sociology of hate: Theoretical approaches*, in AA.VV., *Hate Crimes. Understanding and Defining Hate Crime*, Praeger, Westport, 2009.

- *Hate crime and identity politics*, in *Theoretical Criminology*, 6/2002, 485 – 491.

PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1 – 38.

PETERSEN J., *Murder, the Media, and the Politics of Public Feeling. Remembering Matthew Shepard and James Byrd Jr.*, Indiana University Press, Bloomington, 2011.

PETRUSO R., *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2018, 511 – 558.

PIGNATARO F., *Esclusi, inclusi o reclusi? La lunga lotta delle persone disabili*, 11 Marzo 2021, in www.treccani.it.

PINELLI C., *Libertà e responsabilità*, in *Rivista AIC*, 4/2010, 1 – 11.

- *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 1/2022, 173 – 197.

PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2/2008, 287 – 305.

PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016.

PIZZORUSSO A., *Che cos'è l'uguaglianza. Il principio etico e la norma giuridica nella vita reale*, Editori Riuniti, Roma, 1983.

PLANT R., *The Pink Triangle. The Nazi War Against Homosexuals*, Henry Holt & Company Inc., New York, 1986.

POGGESCHI G., *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in BERTI F., CORTESE F. (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Franco Angeli, Milano, 2008.

POLLICINO O., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista del diritto dei media*, 1/2018, 48 – 82.

- *La libertà di espressione sui social è giunta all'ora zero qui e negli Usa: è ora di una stagione nuova*, 19 Gennaio 2021, in www.ilfattoquotidiano.it.

POLLICINO O., DE GREGORIO G., *Hate speech: una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2019, 421 – 436.

- *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive*, 23 Novembre 2020, in www.medialwas.eu.

POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Vol. II, CEDAM, Bologna, 2011.

PREARO M., *Il fenomeno dell'odio omolebobitransfobico come problema pubblico: un'analisi dei dati e delle statistiche*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

PRYZGODA J., CHRISLER J.C., *Definition of Gender and Sex: The Subtleties of Meaning*, in *Sex Roles*, 7/2000, 553 – 569.

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre. I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1 – 18.

- *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, 2015, 6 – 14.

PUGLISI G., *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, 1325 – 1358.

- *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1 – 36.

- *La «satira» negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1 – 21.

PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2015, 325 – 332.

- *Diritto Penale. Parte Speciale, Tutela della persona*, Giappichelli, Torino, 2019.

- *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2019, 361 – 378.

QUATTROCIOCCHI W., SCALA A., SUNSTEIN R.C., *Echo Chambers on Facebook*, in *Harvard Law School*, 9/2016, 1 – 15.

RANIERI M., MANCA S., *I social network nell'educazione. Basi teoriche, modelli applicativi e linee guida*, in *Tecnologia della comunicazione e dell'apprendimento*, Erickson, Trento, 2017.

RESTA F., *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giurisprudenza di merito*, 9/2004, 1715 – 1748.

- *I poteri privati e gli arbitri dei diritti*, 1 Dicembre 2020, in www.medialaws.eu.

- *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2014, 225 – 241.

RETE LENFORD, *Documento relativo alle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 8 Giugno 2020, 6 ss., in www.camera.it.

RINIOLO V., *Razzismo e discriminazione ai tempi della pandemia*, in FONDAZIONE ISMU, *Ventiseiesimo Rapporto sulle migrazioni 2020*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padova, 2006.

RISICATO L., *Saluto fascista – Rilevanza penale – Il saluto fascista è reato “non tenue” incompatibile con la provocazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 8/2019, 1911 – 1916.

RIVA G., WIEDERHOLD B.K., CIPRESSO P., *The Psychology Of Social Networking Vol. 1. Personal Experience in Online Companies*, De Gruyter, Berlino-Varsavia, 2016.

RODOTÀ S., *Una costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 337 – 351.

ROIATI A., *Sull'obbligo del gestore o del proprietario di un sito web, qualificabile come content o hosting provider, di controllare preventivamente le notizie*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2013, 2636 – 2640.

RONCO M., *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, 21 Maggio 2020, in www.camera.it.

- *Legge contro l'omofobia è una violazione della libertà*, in www.lanuovabq.it.

ROSATIE., SARTOR G., *Social networks e responsabilità del provider*, in EUI working papers, 5/2012, 1 – 20.

ROSENFELD M., *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, 4/2003, 1523 – 1567.

ROSSO F., *D.D.L. Zan: un'analisi ragionata delle modifiche alla normativa penale vigente*, in *Diritto di Difesa*, 2/2021, 463 – 481.

ROTELLI A., *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

ROTH A., *Russia to block Instagram after Meta relaxes stance on Putin Hate speech*, 11 Marzo 2022, in www.theguardian.com.

RUFINI G., *Barometro dell'odio. Sessismo da tastiera*, 2020, 3, in www.amnesty.it.

RUGGERI A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 1 – 18.

RUGGIERO F., *Individuazione nel cibernazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2001, 586 – 603.

RUSSELL D., *The Origin and Importance of Term Femicide*, 2011, in www.dianarussell.com.

SACCOMANDI F., *Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans*, in GenIUS, 2/2020, 91 – 108.

SACERDOTI G., *Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica*, in SIDIBlog, 15 Gennaio 2014.

SALARDI S., *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico – giuridici. Dall’immigrazione agli sviluppi della tecno – scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società*, Giappichelli, Torino, 2015.

SALVATO A., *La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela del diritto d’autore online*, in Giurisprudenza italiana, 12/2014, 2754 – 2759.

SAMMARCO P., *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in Diritto dell’informazione e dell’informatica, 2/2012, 260 – 305.

SARRA C., *Il mondo-dato. Saggi su datificazione e diritto*, CLEUP, Padova, 2019.

SARTOR G., VIOLA DE AZEVEDO CUNHA M., *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in Diritto dell’informazione e dell’informatica, 6/2010, 645 – 671.

SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, CEDAM, Padova, 2009.

SCALERA A., *Casapound vince il ricorso contro Facebook: la pagina sarà riattivata*, in il Quotidiano Giuridico, 16 Dicembre 2019.

SCHILLACI A., *Contrasto all’omolesbobistransfobia, promozione della pari dignità e libertà di espressione nella prospettiva interna e sovranazionale*, 26 Maggio 2020, in www.camera.it.

SCHMIDT P., *“The Dilemma to a Free People”*: Justice Robert Jackson, Walter Bagehot, and the Creation of a Conservative Jurisprudence, in *Law and History Review*, 3/2002, 517 – 539.

SCORZA G., *Casapound e Forza Nuova bannate, smettiamo di considerare Facebook una questione privata*, 9 Ottobre 2019, in www.ilfattoquotidiano.it.

SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche sul nuovo «reato» di negazionismo*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 280 – 312.

SCWEPPE J., *What is a hate crime?*, in *Cogent Social Sciences*, 7/2021, 1 – 15.

SELL R.L., *Defining and Measuring Sexual Orientation. A Review*, in *Archives of Sexual Behavior*, 6/1997, 643 – 658.

SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/1998, 745 – 774.

- *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia.*, 5/1997, 183 – 222.

SHRIFFIN S.H., *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, Cornell Law School, 1/1994, 1 – 43.

SICCARDI C., *La Loi Avia. La legge francese contro l'odio online (o quello che ne rimane)*, in D'AMICO M., SICCARDI C. (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech online*, Giappichelli, Torino, 2021.

SIGNORATO S., *Tipologie e caratteristiche delle cyber investigations in un mondo globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 3/2016, 190 – 200.

SIGNORELLI M.S., *I disturbi sessuali nel DSM-5. Aspetti relazionali tra vecchie e nuove diagnosi*, in *Quaderni di Gestalt: rivista trimestrale di psicoterapia della Gestalt*, 1/2014, 58 – 64.

SIMPSON R.M., *Dignity, Harm, and Hate Speech*, in *Law and Philosophy*, 32/2013, 701 – 728.

SOMMAGGIO P., *Audizione di fronte alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica sui progetti di legge 2005 e 2205*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

SOTTIAUX V.S., RUMMENS S., *Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2012, 106 – 126.

SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giurisprudenza di merito*, 9/2004, 1922 – 1937.

SPENA A., *La parola (-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 1/2016, 577 – 607.

- *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/2007, 689 – 738.

SRNICEK N., *We need to nationalise Google, Facebook and Amazon. Here's why*, 30 Agosto 2017, in www.theguardian.com.

STERNBERG R.R. (a cura di), *Psicologia dell'odio. Conoscerlo per superarlo*, Erikson, Trento, 2007.

STIKER H.-J., *A History of Disability*, The University of Michigan Press, University of Michigan, 2019.

TANZARELLA P., *Definizione e ridefinizione della libertà d'espressione nei settant'anni di vigenza della Costituzione italiana*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 1 – 9.

- *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Giappichelli, Torino, 2020.

TEGA D. (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011.

TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013.

TESCARO M., *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider nel diritto italiano tra Direttiva 2000/31/CE, Regolamento UE 2016/679 E Direttiva UE 2019/790*, in *Jus civile*, 1/2020, 62 – 108 .

TOSCHI VESPASIANI F., *Facebook: giusto chiudere profili personali e pagine per affiliazione a "organizzazioni d'odio"*, in *il Quotidiano Giuridico*, 21 Aprile 2020.

TRAMONTANO G., *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2/2010, 49 – 74.

TRAVERSO E., *La violenza nazista. Una genealogia*, Il Mulino, Bologna, 2002.

TREZZA R., *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, 15 Giugno 2022, in www.federalismi.it.

VALERIO P., AMODEO A.L., SCANDURRA C., *Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transgender. Una guida dei termini politicamente corretti*, 2013, in www.consultoriotransgenere.it.

VALERIO P., SCANDURRA C., MEZZA F., *Transfobia e pressione sociale*, in GenIUS, 2/2019, 80 – 99.

VECCHIO F., *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1/2014, 29 – 56.

VERCELLI C., *Il negazionismo. Affermazioni assurde e pericolose negano l'evidenza dello sterminio degli ebrei per mano nazista*, 2014, in www.academia.edu.

- *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza, Roma – Bari, 2013.

- *Definire l'antisemitismo*, 13 Aprile 2021, in www.joimag.it.

VIDAL-ORTIZ S., *Queering Sexuality and Doing Gender: Transgender Men's Identification With Gender and Sexuality*, in Gender Sexualities, 6/2002, 181 – 233.

VIGARELLO G., *Storia della violenza sessuale*, Marsilio, Venezia, 2001.

VIGEVANI G.E., *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in Rivista AIC, 4/2014, 1 – 25.

VIGGIANI G., *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in GenIUS, 1/2020, 107 – 125.

VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008.

WALDRON J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Harvard, 2012.

WALTERS M., HOYLE C., *Healing Harms and Endendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime*, in CHAKRABORTI N., *Hate Crime: Concepts, policy, future directions*, Routledge, New York, 2014.

WHITE A., *To Tell You the Truth: The Ethical Journalism Initiative*, Bruxelles, International Federation of Journalist, 2008.

WILSON R., *Report of the conference “Tackling hate speech: Living together online”*, Budapest, 27-28 Novembre 2012, in www.hub.coe.int.

WINKLER M., STRAZIO G., *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011.

WINZER M.A., *The history of special education. From Isolation to Integration*, Gallaudet University Press, Washington, 1993.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Ending violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, 2015, in www.who.int.

YONG C., *Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*, in *Res Publica*, 17/2011, 385 – 403.

ZANNONI F., *Razzismo e xenofobia nei social network. La pedagogia interculturale tra tecnologie e nuove emergenze*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 13/2017, 214 – 229.

ZELGER A., *Osservazioni sul D.D.L. S. 2005 – Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, 12 Luglio 2021, in www.senato.it.

ZICCARDI G., *La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1998, 123 – 134.

- *Le espressioni d'odio sulle piattaforme digitali: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in AA.VV., *Il linguaggio dell'odio: fra memoria e attualità*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

ZICCHITTU P., *I movimenti “antisistema” nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 1 – 19.

ZIMBARDO P., *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Cortina Raffaello, Milano, 2020.

ZINCONE A., *Hosting «attivo» e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Provider*, in *Diritto d'autore*, 2/2012, 149 – 173.

ZIPURSKY R., *Nuts About NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression*, in *Fordham International Law Journal*, 4/2019, 1328 – 1374.