



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**La repressione penale dei discorsi d'odio
nell'ordinamento italiano**

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Sofia Braschi

Tesi di laurea di
Emma Somenzi
Matr. 480208

Anno accademico 2023/2024

A mia madre

CAPITOLO PRIMO INTRODUZIONE

1. I discorsi d'odio, la sfuggente definizione dell'*hate speech*. 1
2. *Hate speech, made in the USA?* Le radici statunitensi del concetto. 11
3. Una definizione di lavoro dei discorsi d'odio. 17

CAPITOLO SECONDO LE FONTI INTERNAZIONALI E LA NORMATIVA INTERNA

1. Introduzione. 26
2. Le fonti e il contesto internazionali: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. 27
3. La Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. 32
4. La legge del 13 ottobre 1975, n. 654 e il contesto italiano. 36
5. La c.d. legge Mancino del 1993. 40
6. La riforma dei reati d'opinione del 2006. 44
7. Il contesto europeo: il lungo percorso verso la Decisione Quadro 2008/913/GAI. 48
 - 7.1 (*Segue*) L'approdo alla Decisione Quadro 2008/913/GAI e la recezione italiana. 52
 - 7.2 (*Segue*) L'apologia e il negazionismo: l'aggravante di negazionismo nella legge del 16 giugno 2016, n. 115 e la legge europea 2017. 57
8. La riserva di codice del 2018 e l'odierna normativa interna. 61
9. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il sistema di tutela. 65
 - 9.1 (*Segue*) La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: i contenuti degli artt.

10, 14, 17.	68
10. Conclusioni.	71

CAPITOLO TERZO
LA REPRESSIONE PENALE DELL'*HATE SPEECH*
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Premessa.	74
2. La struttura dell'art. 604- <i>bis</i> c.p.	75
2.1. Il bene giuridico.	77
2.2 La propaganda <i>ex art.</i> 604- <i>bis</i> c.p.	80
2.3 L'istigazione <i>ex art.</i> 604- <i>bis</i> c.p.	88
2.4 Il problema del pericolo.	93
2.5 Il ruolo dei motivi e l'elemento soggettivo dell'istigazione.	97
3. La diffamazione aggravata <i>ex art.</i> 604- <i>ter</i> c.p.	102
4. Altre ipotesi di discorsi d'odio nell'ordinamento italiano (<i>cenni</i>).	110
4.1 Il "saluto romano" è un discorso d'odio? La legislazione antifascista.	110
4.2 L'apologia di genocidio e il negazionismo.	119
5. Conclusioni.	123

CAPITOLO QUARTO
I PROBLEMI INERENTI ALLA REPRESSIONE PENALE DEI
DISCORSI D'ODIO: TRA APORIE ED ESIGENZE DI TUTELA.

1. Introduzione.	127
2. L'opportunità della repressione penale dei discorsi d'odio e la legittimità delle limitazioni alla libertà d'espressione.	129
3. L'offensività delle condotte.	138
4. I problemi di formulazione dell'art. 604- <i>bis</i> : la tassatività e la precisione.	144

5. Le indicazioni della Corte EDU in materia di <i>hate speech</i> .	148
6. La proporzionalità delle sanzioni e l'utilizzo simbolico del diritto penale.	154
7. L'estensione della tutela ad altre categorie marginalizzate.	159
8. Conclusioni.	165

CAPITOLO QUINTO
L'ONLINE HATE SPEECH:
LE NUOVE SFIDE DEL MONDO DIGITALE

1. Introduzione.	168
2. Le caratteristiche dell' <i>online hate speech</i> .	171
3. La normativa sovranazionale specificamente rivolta all' <i>online hate speech</i> .	176
4. La responsabilità degli <i>internet service provider</i> .	181
5. Conclusioni.	189
BIBLIOGRAFIA:	195

Capitolo Primo

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. I discorsi d'odio, la sfuggente definizione dell'*hate speech*. 2. *Hate speech, made in the USA?* Le radici statunitensi del concetto. 3. Una definizione di lavoro dei discorsi d'odio.

1. I discorsi d'odio, la sfuggente definizione dell'*hate speech*.

Per introdurre l'argomento di questa trattazione dedicata ai discorsi d'odio (in inglese *hate speech*) nell'ordinamento penale italiano, è opportuno partire da una definizione. Il compito, però, all'apparenza banale, mette subito in luce una delle caratteristiche principali di questo fenomeno: la sua rilevanza plurisettoriale, e la conseguente compresenza di molteplici definizioni, variabili a seconda dell'ambito d'analisi¹. Volendo prendere una prospettiva prettamente giuridica, e più specificamente penalistica, si nota subito l'assenza di una definizione univoca e omnicomprensiva che sia in grado di cogliere tutti gli aspetti che caratterizzano i discorsi d'odio.

In una prima approssimazione intuitiva, si può intendere un discorso d'odio come una forma di manifestazione di pensiero, che indirizzi un contenuto dispregiativo e stigmatizzante verso un soggetto o gruppo di persone in ragione dell'appartenenza di questo o questi ultimi a una categoria sociale tipicamente marginalizzata o discriminata. In questa ampia definizione ricadono i comportamenti più vari, che possono o meno assumere rilevanza giuridica e talvolta anche penale. Possono invero ricomprendersi gli insulti razzisti, sessisti,

¹ Per una ricostruzione delle difficoltà nell'individuazione di una definizione (giuridica) di *hate speech* e dei principali approcci al problema si veda: CHRIS DEMASKE, *Free Speech and Hate Speech in the United States: The Limits of Tolerance*, Routledge, 7 ottobre 2020¹, pp. 11 ss.; sull'assenza di una definizione univoca: Article 19 «*Hate Speech Explained A Toolkit*, (2015) disponibile su [<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38231/'Hate-Speech'-Explained---A-Toolkit-%282015-Edition%29.pdf>], consultato il 21/3/2024; ALESSANDRO DI ROSA, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi Editore, 2020, pp. 12 ss; LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019, pp. 202 ss.

xenofobi e omofobi, l'apologia di genocidio e la vera e propria istigazione a commettere violenza in ragione dell'appartenenza della vittima o delle vittime alla minoranza stigmatizzata.

È chiaro che ci troviamo davanti a una nozione alquanto vaga; per lo svolgimento della nostra analisi, dedicata agli *hate speech* penalmente rilevanti è necessaria una definizione più stringente e precisa di quella appena fornita. Poiché, peraltro, una simile definizione non è ancora presente nel nostro ordinamento, conviene dedicare queste pagine introduttive alla sua individuazione.

Prima di procedere in questo senso è opportuno svolgere una riflessione intorno ai motivi di interesse per i discorsi d'odio; le considerazioni appena svolte potrebbero infatti far dubitare della validità della ricerca che ci accingiamo a fare. Le ragioni a sostegno dell'interesse attribuito ai discorsi d'odio attengono alla loro rilevanza, che, per semplicità, può essere scomposta in due elementi: (1) la dannosità e la (2) diffusione degli *hate speech*.

Per quanto riguarda la dannosità (1), anticipando a grandi linee la trattazione più approfondita che avrà luogo nei capitoli successivi, si può osservare che la letteratura scientifica e i vari *stakeholders*² dividono i danni associati ai discorsi d'odio in due tipologie in ragione della loro portata. In particolare, questa categorizzazione distingue a seconda che i danni riguardino la società o i singoli individui. A riguardo si deve precisare che, se da un lato l'attenzione delle istituzioni internazionali e sovranazionali si è tendenzialmente focalizzata sugli effetti dannosi che l'*hate speech* produce per la società nel suo insieme, è anche vero che le analisi presenti nella letteratura scientifica hanno avuto un interesse a 360°, trattando l'intero spettro di possibili conseguenze nocive dei discorsi d'odio, senza quindi limitarsi allo studio dei danni a livello

² Tra i quali si intende ricomprendere le istituzioni, i comitati e gli organismi e associazioni internazionali, così come le loro controparti presenti in aree geografiche più limitate, con particolare enfasi sull'Europa geografica e unionale.

dell'individuo o del gruppo. Si aggiunge inoltre, che il tema delle conseguenze dell'*hate speech* è ormai oggetto del dibattito pubblico e spesso travalica le discussioni settoriali di natura giuridica. Per comodità espositiva, in questa breve panoramica si è scelto però di procedere differenziando le tipologie di danni a seconda della scala su cui si producono e ci si è concentrati principalmente sui dati provenienti dal dibattito in seno alle istituzioni e alla letteratura giuridica.

La prima categoria (1.1) attiene ai c.d. macro-effetti, ossia gli effetti dannosi dei discorsi d'odio che si producono su larga scala. In particolare, a livello globale, l'ONU, attraverso i suoi portavoce³, ha più volte sottolineato come i discorsi d'odio favoriscano un clima di ostilità e di divisione tra i gruppi di cui le comunità sono composte, compromettendo la pacifica convivenza e il sereno godimento dei diritti per tutti i consociati. Di più, nella stessa sede internazionale, è stato messo in luce come spesso la diffusione di messaggi di incitamento all'odio su larga scala abbia in qualche modo anticipato episodi violenti di estrema gravità a danno degli stessi gruppi bersagliati, fino a giungere a ipotesi di genocidio⁴. Lo stesso tipo di danni provocati dai discorsi d'odio è stato rilevato anche nel contesto geografico più ristretto del continente europeo. A titolo esemplificativo si può fare riferimento ai report dell'*European Commission against Racism and Intolerance* (di seguito ECRI), la Commissione Europea Contro il Razzismo e l'Intolleranza, istituita nel contesto del Consiglio d'Europa. I documenti prodotti da questo organismo si pongono in linea con quanto già detto in sede internazionale, e ricollegano agli *hate speech* effetti di promozione dei sentimenti di ostilità e intolleranza, che posso in casi estremi arrivare fino a favorire la commissione di crimini contro l'umanità e

³ Si faccia ad esempio riferimento alla prefazione nel documento relativo al lancio del *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech 18 June 2019*. Del piano si dirà oltre nel prosieguo del paragrafo quando si parlerà della diffusione dei discorsi d'odio.

⁴ Sul tema Alice Wairimu Nderitu (United Nations Special Adviser on the Prevention of Genocide), si è espressa in questo senso in un comunicato stampa rilasciato dall'ONU in occasione dell'istituzione della Giornata internazionale per Combattere i Discorsi d'Odio nel 2021, https://un.org/en/genocideprevention/documents/Statement_on_draft_GA_res_L.115.pdf, consultato il 21/3/2024.

crimini di guerra⁵. Inoltre, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI⁶ relativa alla lotta contro i discorsi d'odio adottata l'8 dicembre 2015 si parla del c.d. *silencing effect*, oggetto di studio anche nella letteratura statunitense. Questa espressione allude all'estromissione dal dibattito pubblico delle vittime dei discorsi d'odio in ragione della marginalizzazione a cui sono sottoposte per via dell'odio a loro indirizzato. In altre parole, si evidenzia come l'effetto disincentivante alla partecipazione al dibattito pubblico che viene prodotto nei confronti dei soggetti e dei gruppi bersagliati dai discorsi d'odio sia nocivo rispetto al processo democratico. Il pluralismo e il coinvolgimento delle minoranze al pari delle maggioranze nel concorrere alle decisioni pubbliche è infatti un elemento cardine della democrazia.

Le considerazioni che precedono evidenziano l'esistenza di un rapporto tra i micro-effetti e i macro-effetti, dimostrando cioè che una conseguenza dannosa dei discorsi d'odio che colpisce direttamente gli individui e i gruppi sociali a cui questi appartengono può avere ripercussioni su larga scala, tali da suscitare preoccupazione anche a livello istituzionale.

Rimanendo ancora sul macro-livello degli effetti dannosi, e restringendo l'ambito di osservazione all'Unione Europea, si può notare come anche in questa sede l'allarme per la dannosità ad ampio raggio dei discorsi d'odio sia elevato. In particolare, nel contesto dell'Unione è stato spesso evidenziato il contrasto tra le conseguenze dannose dell'*hate speech* e gli obiettivi, i principi e le libertà ricomprese nei Trattati dell'Unione. Per fare un esempio, nell'allegato alla decisione del Consiglio sull'aggiunta dell'incitamento all'odio e dei reati generati dall'odio alle sfere di criminalità di cui all'articolo 83 §1 del Trattato sul

⁵ Nel report parlando degli effetti dannosi dei discorsi d'odio si afferma che «*such phenomena may lead to the most serious crimes, including genocide, crimes against humanity and war crimes*» *Annual report on ecri's activities covering the period from 1 january to 31 december 2022*, (2023).

⁶ *Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI relativa alla lotta contro il discorso dell'odio adottata l'8 dicembre 2015* [<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech-ital/16808b5b04>], consultato il 21/3/2024.

Funzionamento dell'Unione europea del 2021⁷, si afferma che⁸:

«L'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio minano i diritti e i valori fondamentali su cui è fondata l'Unione, in particolare la dignità umana e l'uguaglianza. Inoltre, arrecano danno non solo alle singole vittime, ma anche alle comunità in senso lato e alla società in generale, esercitando fra l'altro un effetto dissuasivo sulla libertà di espressione. Ostacolano il pluralismo e la tolleranza, conducendo alla polarizzazione e incidendo negativamente sul dibattito pubblico e sulla vita democratica».

Nel contesto italiano, i danni collegati all'*hate speech* sono stati oggetto di un'indagine conoscitiva portata avanti dalla commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, presieduta da Lilliana Segre, nel 2021⁹, con la finalità di meglio inquadrare il fenomeno. La commissione ha condotto la propria attività intervistando le vittime dei discorsi d'odio e basandosi sulle interpretazioni della letteratura settoriale per valutarne i danni e la potenziale pericolosità. Nel *report*, tra le conseguenze dannose individuate, si parla della pericolosità dei discorsi d'odio in relazione al potenziale effetto criminogeno degli stessi, nonché della capacità di esacerbare tensioni sociali in maniera nociva per gli obiettivi democratici di pacifica convivenza e pluralismo.

Come visto, i macro-danni finora analizzati sono in parte il frutto dell'effetto cumulato delle conseguenze nocive che riguardano i gruppi e gli individui; ad esse occorre ora rivolgere la nostra attenzione.

Giungendo quindi alla seconda categoria di effetti dannosi, è stata in particolare la letteratura scientifica settoriale ad occuparsi dei danni nei

⁷ Di questa fonte si dirà di più in seguito, nel capitolo V, §3.

⁸ *Allegato della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio*, (9 dicembre 2021) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0777>], consultato il 22/4/2024.

⁹ *Legislatura 18^a - Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza - Resoconto sommario n. 54 del 22/06/2022*, (giugno 2022). [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1355283&part=doc_dc#_ftn392], consultato il 6/3/2024.

confronti degli individui e dei gruppi sociali (1.2).

In primis, essa ha evidenziato i danni psicologici alle vittime che vengono discriminate e lese nella propria dignità. Risulta invece ancora discusso il collegamento fra l'incitamento all'odio e il passaggio all'azione violenta. A tale ultimo riguardo, ad esempio, si segnala uno studio che ha tentato di costruire un modello economico di tipo predittivo¹⁰, capace di cogliere l'analisi costi-benefici posta in essere dall'autore della violenza e di dimostrare come questa sia influenzata dagli *hate speech*.

Molti degli studi criminologici relativi agli effetti dei discorsi d'odio sulle vittime sono stati intrapresi negli Stati Uniti e poi ripresi anche dalla dottrina italiana. È stata per esempio sottolineata, tra le conseguenze dannose dei discorsi d'odio, l'umiliazione delle vittime, che può essere tale da far insorgere in loro sentimenti di isolamento che possono portare anche a disturbi mentali¹¹.

La letteratura scientifica che ha tentato di fornire un substrato empirico alle tesi sulla dannosità dei discorsi d'odio ha in certi casi operato una distinzione tra danni contestuali e danni consequenziali. Tra i primi si sono annoverati quelli prodotti contestualmente all'espressione del discorso d'odio e tra i secondi i danni ulteriori e derivati, tra cui, ad esempio, la possibilità che gli spettatori dei discorsi d'odio si persuadano della veridicità degli stereotipi, o normalizzino l'espressione di messaggi d'odio o anche il compimento di atti guidati da queste credenze discriminatorie nella vita quotidiana¹².

Concludendo sul punto, si può affermare che i danni associati agli *hate speech* sono variegati nella natura, nella gravità e nell'estensione, e pertanto hanno suscitato e continuano a suscitare interesse e preoccupazione, da parte tanto delle istituzioni, delle organizzazioni civili e dei legislatori, quanto degli

¹⁰ DHAMMIKA DHARMAPALA, RICHARD H. MCADAMS, *Words That Kill? An Economic Model of the Influence of Speech on Behavior (with Particular Reference to Hate Speech)*, in «The Journal of Legal Studies», 34 (2005), 1, pp. 93 ss.

¹¹ LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019, p. 154.

¹² KATHARINE GELBER, LUKE MCNAMARA, *Evidencing the harms of hate speech*, in «Social Identities», 22 (2016), 3, pp. 324–341.

studiosi.

Passando ora al secondo elemento di rilevanza degli *hate speech*, ossia la loro diffusione (2), si può riprendere lo schema finora utilizzato e cominciare da dati globali per arrivare a quelli particolari. In generale, la diffusione concorre ad ampliare la portata degli effetti dannosi sopra individuati contribuendo all'allarme sociale sentito rispetto a questo fenomeno.

A titolo esemplificativo, si possono riportare le parole del segretario generale dell'ONU Antonio Guterres che, a più riprese, e in particolar modo in occasione dell'istituzione del Piano di Azione generale per combattere i discorsi d'odio del giugno 2019¹³, di cui si è detto sopra, ha affermato la necessità di un continuo impegno nella lotta contro i discorsi d'odio motivato anche dalla crescente diffusione di questo fenomeno. Lo stesso allarme per la diffusione dell'*hate speech* a livello globale è stato poi ribadito nel luglio 2021 dall'Assemblea Generale dell'ONU, che ha adottato una risoluzione volta al contrasto del fenomeno¹⁴.

Molti studi hanno correlato l'aumento delle discriminazioni, di cui gli *hate speech* sono una specifica modalità espressiva, a periodi di crisi dove le tensioni sociali, esacerbate dal disagio socioeconomico diffuso, spesso sfociano in canali di sfogo come i discorsi d'odio.

Nell'ambito dell'Europa geografica, sempre l'ECRI nel suo ultimo report¹⁵ ha sottolineato un aumento dei discorsi d'odio, ricollegandolo, nello specifico, alla pandemia del 2020 e al conflitto Russo-Ucraino. Nella stessa area, la situazione sembra essere rimasta invariata negli ultimi due anni, come testimonia uno studio condotto dallo *Steering Committee on Anti-Discrimination*,

¹³ *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech 18 June 2019*, cit.

¹⁴ Resolution adopted by the General Assembly on 21 July 2021 75/309. *Promoting interreligious and intercultural dialogue and tolerance in countering hate speech*, (luglio 2021) [<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/200/61/pdf/n2120061.pdf?token=11o1ajFNfaE1UCCWuk&fe=true>] p. 2.

¹⁵ *Annual report on ECRI's activities covering the period from 1 January to 31 December 2022*, cit.

Diversity and Inclusion (CDADI) del Consiglio d'Europa, pubblicato nel 2023¹⁶. Lo studio si è a sua volta focalizzato sull'impatto della pandemia e del conflitto Russo-Ucraino sull'aumento dei discorsi d'odio, in alcuni stati selezionati, tra cui l'Italia, ed è giunto a risultati simili, rilevando un aumento significativo dei discorsi d'odio nel biennio susseguente alla pandemia COVID-19.

Sempre nel contesto dell'Europa geografica, un report dell'associazione indipendente britannica Article 19¹⁷, risalente al 2018, ha messo a confronto sei paesi, tra cui l'Italia, la Germania e la Francia, valutando globalmente il problema dei discorsi d'odio in ciascuno di essi e trovando un generale incremento della loro diffusione.

Passando all'Unione Europea, per fare un unico esempio tra molti, l'allarme per la diffusione e l'aumento dei discorsi d'odio, insieme alla preoccupazione per la loro dannosità di cui si è detto sopra, hanno spinto negli ultimi anni il legislatore europeo a proporre l'introduzione dei reati di incitamento all'odio tra quelli riconosciuti nell'art. 83 del TFUE, nel tentativo di arginare il fenomeno.

Nel parlare nella diffusione dei discorsi di incitamento all'odio si deve precisare che la rilevazione degli stessi non è completa e nemmeno omogenea su tutti i territori in cui gli stessi si verificano. Di più, la loro ripartizione territoriale, è ormai un criterio valido solo per gli episodi che si verificano *offline*, poiché nel versante digitale sono gli stessi mezzi di comunicazione a permettere ai messaggi di travalicare ogni confine geografico.

Nel modo *online* però, le rilevazioni sono sicuramente facilitate anche da meccanismi che automatizzano questo processo, mentre il versante *offline* è caratterizzato maggiormente da un c.d. *under reporting*, dal fenomeno, cioè, che chiameremmo cifra oscura, proprio per la difficoltà che spesso le vittime

¹⁶ FEDERICO FALOPPA, ANTONIO GAMBACORTA, RICHARD ODEKERKEN, ROBERT VAN DER NOORDAA, *Study on preventing and combating hate speech in times of crisis*, (novembre 2023), pp. 7 ss.

¹⁷ Article 19, *Responding to 'hate speech': Comparative overview of six EU countries*, (2018), pp. 1 ss.

incontrano nel denunciare i discorsi d'odio.

In Italia, l'*under reporting* è stato preso in considerazione dalla commissione Segre¹⁸ sovracitata che, sulla base anche delle elaborazioni dottrinali nel settore, ha ricollegato questo fenomeno al *silencing effect*. Il fatto che le vittime dei discorsi d'odio non denuncino l'accaduto sarebbe cioè un effetto dovuto alla loro diminuita capacità espressiva causata proprio dall'*hate speech*. Questo meccanismo, a quanto viene riportato nella relazione della commissione, rende difficile un veritiero inquadramento statistico dei discorsi d'odio.

Nonostante ciò, anche nel nostro contesto nazionale sono stati condotti alcuni studi di rilevazione della diffusione dei discorsi d'odio che hanno riportato la medesima tendenza di aumento dei casi. Un esempio è il progetto C.O.N.T.R.O.¹⁹ che, tra le altre fonti, cita l'Eurobarometro del 2016 secondo cui il 75% degli intervistati aveva assistito a casi di *hate speech* su internet.

Ancora, secondo un'elaborazione della Fondazione Openpolis²⁰, un ente con finalità culturali, di dati forniti dall'Istat, tra il 2010 e il 2018 si è registrato un aumento dei procedimenti definiti presso le procure della Repubblica relativi ai reati d'odio a cui alcune ipotesi di *hate speech* sono ricondotte.

Si può quindi concludere che, sebbene la cifra oscura relativa ai discorsi d'odio sia un elemento da tenere in considerazione, e allo stesso tempo le rilevazioni che si sono citate non riguardino esclusivamente gli *hate speech* penalmente rilevanti, la diffusione e l'aumento degli episodi riconducibili ai discorsi d'odio è tale da suffragare la rilevanza del tema.

Giunti a questo punto, dimostrata la dannosità e la diffusione degli *hate*

¹⁸ *Legislatura 18ª - Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza - Resoconto sommario n. 54 del 22/06/2022*, cit.

¹⁹ *Mapping Report Progetto CONTRO*, (giugno 2019) [<https://reasonproject.eu/wp-content/uploads/2022/02/MAPPING-REPORT-Progetto-CONTRO.pdf>], consultato il 9/4/2024.

²⁰ OPENPOLIS, *Le problematiche rilevate nell'indagine conoscitiva sui discorsi d'odio*, (1° luglio 2022) [<https://www.openpolis.it/le-problematiche-rilevate-nellindagine-conoscitiva-sui-discorsi-dodio/>], consultato il 23/5/2024. I dati analizzati sono relativi a «i procedimenti contenenti reati d'odio e atti discriminatori» tra cui si ricomprendono le ipotesi di criminalizzazione dei discorsi d'odio previste nel nostro ordinamento e che verranno trattate nel capitolo seguente.

speech, si potrebbe ritenere provata anche la necessità della loro criminalizzazione. Come si avrà modo di vedere però, il discorso è decisamente più complesso dal momento che ogni intervento repressivo in questo settore si pone in tensione con alcuni diritti fondamentali; *in primis* la libertà di manifestazione del pensiero. Ecco quindi che il lavoro del penalista di fronte a tutte le manifestazioni possibili di *hate speech*, diviene individuare il sottoinsieme delle condotte penalmente rilevanti, tenendo conto dei principi di garanzia del diritto penale, come i principi di sussidiarietà, frammentarietà ed *extrema ratio*, nonché di offensività e tassatività, senza peraltro trascurare che la repressione dei discorsi d'odio incontra un limite nella libertà di manifestazione di pensiero, tutelata dall'Articolo 21 della nostra Costituzione.

Questo tipo di selezione ad oggi però non ha prodotto risultati pienamente soddisfacenti secondo la maggior parte degli interpreti, ma anche secondo l'opinione della popolazione generale. In altre parole, le aspettative dell'uomo comune rispetto a quanto viene punito dal diritto penale nel ventaglio di discorsi che esprimono odio e disprezzo nei confronti di soggetti e categorie di individui sono spesso, ad oggi, disattese. E ciò avviene tanto nel senso di un *deficit* quanto di un *surplus* punitivo, a seconda dei punti di vista e del fatto che si prenda in considerazione la lettera della legge o la sua applicazione pratica.

Ecco, quindi, che si comprende la necessità, rilevata in apertura di questa introduzione, di puntualizzare il significato della nozione di discorso d'odio; tra i molti percorsi che si possono immaginare a questo scopo, ci sembra opportuno iniziare dall'origine di tale espressione. In questo caso, il motivo dietro all'uso invalso della dicitura inglese *hate speech* non può essere liquidato come una semplice questione di contaminazione linguistica. L'espressione "*hate speech*" infatti, nasconde un'impostazione di fondo che risente di una genesi storica e di un significato sociale attribuito al termine, che ha a lungo costituito una differenza tra l'ordinamento statunitense da cui lo stesso nasce e il resto del mondo. Sebbene quindi il termine sia nato negli Stati Uniti, la sua diffusione nel

resto del mondo lo ha arricchito di un'impostazione diversa rispetto a quella originaria, dalla quale occorre dunque ripartire per meglio comprendere il fenomeno dell'*hate speech*. A questo compito è dedicato il paragrafo seguente.

2. *Hate speech, made in the USA?* Le radici statunitensi del concetto.

La dottrina statunitense riconduce tipicamente agli anni '20 del '900 la nascita del dibattito relativo dell'*hate speech*²¹, che inizialmente comprendeva solo il c.d. *racist speech*, in ragione delle caratteristiche tipicamente di natura etnico-religiosa delle vittime prese in considerazione. In questi anni si assiste alla nascita di due schieramenti opposti, le organizzazioni delle vittime storiche di razzismo e intolleranza religiosa da un lato, e i difensori della libertà d'espressione, consacrata nel primo emendamento della Costituzione americana, che fondano l'*American Civil Liberties Union*, dall'altro.

Solo negli anni '30 però il tema assurge propriamente al livello di un dibattito costituzionale, quando la Corte Suprema è chiamata a decidere rispetto alla legittimità di alcune legislazioni statali repressive dei discorsi razzisti, sulla scorta della diffusione anche negli Stati Uniti di movimenti militanti fascisti e nazisti. La conclusione della Seconda guerra mondiale produce nel continente nord-americano un effetto diverso rispetto al resto del mondo occidentale, che inizia a preoccuparsi maggiormente alle tematiche della lotta alla discriminazione razziale-etnico-religiosa, anche sulla scorta dell'esperienza post-coloniale. Negli Stati Uniti, infatti, nasce il movimento dei *civil rights*, incentrato sulla protezione dei diritti dell'individuo come mezzo per tutelare la collettività, che smette di interessarsi alla repressione dell'*hate speech* per valorizzare maggiormente la libertà d'espressione.

Secondo alcune ricostruzioni, la scelta di non promuovere alcun tipo di

²¹ Per una ricostruzione generale sulla genesi storica dell'*hate speech* si veda SAMUEL WALKER, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, U of Nebraska Press, 1994, pp. 1 ss.

restrizione delle libertà costituzionalmente garantite, come la libertà di espressione, sarebbe stata giustificata da un'impostazione strategica volta ad ampliare il più possibile i diritti e le libertà individuali, e dal timore che ogni loro limitazione sarebbe risultata, in ultima analisi, controproducente ai fini dell'affermazione del principio di uguaglianza e dell'estensione dei diritti civili.

Non sorprende quindi che tra gli anni '50 e '70, la tematica perde rilevanza, e si afferma la terminologia di “*group libel*”, ossia diffamazione di gruppo²². Nonostante nei primi anni '40 si fosse assistito a una stagione favorevole alla repressione normativa dei discorsi d'odio, questa si conclude paradossalmente nel 1952, data a cui risale la prima importante decisione della Corte Suprema che riconosce la legittimità di un'ipotesi di legislazione volta al contrasto dei discorsi d'odio (c.d. *hate speech law*), nello Stato dell'Illinois²³. Questa evoluzione è tipicamente ricondotta, da un lato, a un generale abbandono della causa da parte delle stesse associazioni e degli studiosi, dovuta al diffondersi delle preoccupazioni di cui si è fatto cenno sopra nell'ambito della lotta per i *civil rights* negli anni '60; dall'altro al prevalere dell'impostazione assolutistica nei confronti della libertà d'espressione che già esisteva in seno alla Corte Suprema al momento della decisione sopracitata²⁴.

L'utilizzo quasi esclusivo del termine “*hate speech*” si deve al riaffermarsi, nei due decenni seguenti, della preoccupazione rispetto alla necessità di tutelare

²² In relazione alle diverse terminologie inglesi per indicare i discorsi d'odio, nonché rispetto al dibattito inerente alla classificazione del concetto di *hate speech*, come istituto giuridico o fenomeno sociale, si veda la proposta di Jeremy Waldron di rinominare l'*hate speech*, come “*group libel*”, termine che ha oggi assunto il significato di diffamazione di gruppo. Lo studioso, nell'elaborare la proposta richiama l'utilizzo storico del termine e il passaggio da *vox media* ad espressione caricata di un'accezione negativa, che tipicamente indica la portata offensiva per il destinatario della comunicazione. Secondo Waldron, infatti, il cambio di nomenclatura aiuterebbe ad evitare molti dei fraintendimenti che oggi aleggiano attorno all'utilizzo dell'espressione *hate speech*, fino ad inficiarne per alcuni commentatori la stessa validità concettuale. Si faccia riferimento a: JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, pp. 34 ss.

²³ SAMUEL WALKER, *Hate Speech*, cit. pp. 93 ss. Nella sua opera lo studioso fa riferimento al c.d. paradosso di Beauharnais, dal nome del caso in cui la Corte Suprema Federale aveva riconosciuto la legittimità della legislazione statale che puniva alcune ipotesi di discorsi d'odio. Il paradosso viene identificato nell'evoluzione contraria, ossia in senso limitativo delle norme repressive dei discorsi d'odio susseguente alla sentenza. Per la decisione si faccia riferimento a *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

²⁴ *Ibid.* Nella sua analisi della decisione Walker enfatizza come nella Corte esistesse una spaccatura quasi a metà tra l'opinione di maggioranza e la *dissenting opinion*, contraria alla legittimità delle *hate speech laws*, che diverrà poi, nel decennio successivo, l'opinione dominante.

i consociati da alcuni tipi di discriminazione perpetrata per mezzo di attacchi verbali; ciò avviene in particolare nel contesto dei *campus* universitari.

Negli anni '80 e '90 il dibattito si rianima infatti, a fronte dell'introduzione da parte di molte università nordamericane dei c.d. *code of conduct*, ossia regolamenti che si applicano a tutti gli utenti delle università, che da un lato proibiscono determinate forme di discorso discriminatorio, dall'altro ampliano il novero di soggetti protetti ad altre categorie tipicamente bersagliate dai discorsi d'odio, quali le donne, gli omosessuali e i portatori di handicap.

Questo ampliamento è anche frutto della nascita, nel decennio precedente, della c.d. *Critical race theory*²⁵, una corrente di pensiero dedicata alla lotta contro le disuguaglianze nell'ambito del godimento dei diritti civili, che enfatizza gli elementi che accomunano la situazione di subordinazione di varie minoranze o gruppi vulnerabili, e quindi favorisce la collaborazione fra le stesse. Questo porta all'ampliamento della sfera d'interesse dei discorsi d'odio, che non a caso assumono una nomenclatura più generale rispetto all'originale *racist speech*, per ricomprendere varie tipologie di vittime.

A riprova della enfattizzazione del vincolo di solidarietà basato sulla differenziazione delle minoranze che subiscono i discorsi d'odio, rispetto al resto della società, si riporta una citazione della studiosa statunitense Mari Matsuda, relativa al ruolo della tolleranza nei confronti anche delle manifestazioni di pensiero più estreme, secondo la studiosa infatti:

«*Tolerance of hate speech is not tolerance borne by the community at large. Rather, it is a psychic tax imposed on those least able to pay*²⁶».

Dai primi anni 2000 ad oggi, sulla scorta dell'emersione di numerose

²⁵ Per una sintetica descrizione della nascita e del pensiero della *Critical Race Theory* si veda: CHRIS DEMASKE, RICHARD V. STEVENS, *Critical Race Theory*, in «The Free Speech Center» (21 marzo 2024) [<https://firstamendment.mtsu.edu/article/critical-race-theory/>], consultato il 27/4/2024.

²⁶ «La tolleranza dei discorsi d'odio non è una tolleranza sopportata dalla società intera, quanto piuttosto una tassa psicologica imposta a chi è meno in grado di sopportarla». Traduzione dell'autore, MARI J. MATSUDA, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in «Michigan Law Review», 87 (1989), 8, p. 2323.

polemiche suscitate dall'introduzione dei *code of conduct*, l'utilizzo del termine *hate speech* è diventato particolarmente politicizzato²⁷, creando una divisione piuttosto netta tra i conservatori, tipicamente contrari all'utilizzo stesso del termine *hate speech*, e i progressisti, che sono spesso portatori delle istanze di ampliamento della punibilità dei discorsi discriminatori. Un esempio recente riguarda le polemiche che circondarono l'allora presidente Donald Trump durante la sua amministrazione. Paradigmatico è il caso in cui, a fronte dell'aggressione di uno studente e attivista repubblicano, Trump avrebbe suggerito alla vittima di far causa al *college* per non aver efficientemente tutelato la sua libertà d'espressione, invece di consigliare il ricorso ai mezzi di tutela dalla discriminazione apprestati dall'istituzione, quali proprio le garanzie e annesse sanzioni contenute nel *code of conduct* dell'università²⁸. Un simile atteggiamento, restio a far leva sugli strumenti che dovrebbero essere predisposti per la tutela dei soggetti discriminati indipendentemente dal loro schieramento politico, è stato perso come esemplare della polarizzazione del c.d. *hate speech problem*.

Giunti a questo punto occorre fare una precisazione sulla concezione e la storia dell'*hate speech*. Si è detto che il secondo dopoguerra corrisponde al momento in cui l'esperienza statunitense dei discorsi d'odio e quelle delle altre nazioni occidentali si dividono. Ora si può precisare che l'*hate speech* continua ad avere una rilevanza interna per gli Stati Uniti, che però non si conformano agli sforzi di un inquadramento comune del fenomeno promossi dalle convenzioni internazionali.

Come si è visto, se da un lato le atrocità della Seconda guerra mondiale fanno emergere nel continente europeo la preoccupazione per la lotta alla discriminazione come impegno condiviso degli Stati occidentali, la modalità con cui il problema è affrontato negli USA rimane distinta. Mentre nel resto del

²⁷ ALEXANDER BROWN, ADRIANA SINCLAIR, *The Politics of Hate Speech Laws*, Routledge, 2019, pp. 5 ss.

²⁸ *Ibid.* p. 9 ss. In cui viene riportato l'episodio verificatosi alla Berkeley University. Per un altro caso simile si veda: ANEMONA HARTOCOLLIS, *Trump Administration Challenges University of Michigan Anti-Bullying Rules*, in «The New York Times», 12 giugno 2018.

mondo si sviluppa un interesse che spinge all'introduzione di norme limitative della libertà d'espressione per combattere il fenomeno dei discorsi d'odio, negli Stati Uniti la lotta contro le disuguaglianze viene portata avanti dal movimento per i diritti civili, che si focalizza sulla conquista dei diritti degli individui come tramite per il raggiungimento della parità.

Le stesse associazioni antirazziste, come già anticipato, si pongono in maniera critica nei confronti delle iniziative volte a limitare la libertà d'espressione nei casi dei discorsi d'odio, vedendo ogni possibile arretramento di una libertà costituzionalmente garantita come potenzialmente controproducente ai propri scopi.

Da un lato esiste infatti la preoccupazione che la limitazione della libertà d'espressione, sulla base del contenuto del messaggio censurato, possa creare un precedente pericoloso, potenzialmente soggetto ad arbitri della classe dominante (come del resto era avvenuto nei primi decenni del 1900 nei confronti dei comunisti e in generale degli oppositori del governo nel contesto del primo conflitto mondiale). Dall'altro lato, vi è un timore più immediato che riguarda le modalità di protesta provocatorie utilizzate dalle associazioni stesse, che spesso assumono una natura tali da renderle potenzialmente oggetto di censura da parte delle norme limitative della libertà d'espressione²⁹.

Riconoscendo l'origine statunitense del concetto di *hate speech*, non si deve quindi incorrere nel fraintendimento secondo cui la diffusione del termine sarebbe avvenuta mediante un semplice trapianto dall'ordinamento nordamericano verso il contesto europeo e più specificamente italiano.

Dietro al termine *hate speech*, infatti, si nasconde un significato storico particolare, fatto di compromessi e rivendicazioni sociali, con un'origine molto precedente al momento in cui l'attenzione della comunità internazionale si rivolge al tema³⁰. Le convenzioni internazionali in questo senso si inseriscono

²⁹ SAMUEL WALKER, *Hate Speech*, cit. p. 78.

³⁰ *Ibid*, pp. 87 ss.

in una tradizione preesistente senza però esercitare su di essa una vera influenza³¹, ma creando piuttosto dei binari paralleli.

Mentre nell'evoluzione statunitense, è principalmente la Corte Suprema a riportare le legislazioni locali e degli Stati Federali nell'alveo dell'interpretazione del primo emendamento³², riconoscendo una libertà d'espressione estremamente ampia e censurando in moltissimi casi le c.d. *hate speech laws*, nel versante italiano, come si vedrà, si assiste all'introduzione da parte del legislatore di alcune norme volte a reprimere i discorsi d'odio a seguito della spinta proveniente dalle suddette convenzioni internazionali. Mentre nel primo caso quindi, gli interventi normativi provengono figurativamente dal basso, dalle autonomie locali, in Italia si tratta di un'introduzione dall'alto, dovuto a un *input* esterno all'ordinamento³³.

Così chiarite le origini del concetto, occorre peraltro riconoscere che, nel momento storico attuale, si assiste a una maggiore condivisione del dibattito inerente all'*hate speech*, tanto da rendere questo termine virtualmente interscambiabile con quello di “discorsi d'odio” e a una globalizzazione della discussione, sicuramente favorita dall'avvento delle comunicazioni digitali. La nuova capacità di valicare ogni confine nazionale, attribuita alle comunicazioni nell'era dell'informazione, ha invero evidenziato la necessità di un approccio in maggior misura condiviso da parte degli Stati nel tentativo di contrastare i discorsi d'odio³⁴. Nel cercare una linea comune alla lotta contro le discriminazioni è stata più volte sottolineata l'importanza di una definizione condivisa per i discorsi d'odio³⁵.

Questo risultato non è ancora stato raggiunto benché le proposte

³¹ Ciò proprio in ragione del c.d. *particularismo* (*exceptionalism*) statunitense che si manifesta nella mancata adesione alle convenzioni internazionali per quanto riguarda la repressione dei discorsi d'odio, in particolare mediante la formulazione di riserve rispetto agli articoli relativi agli obblighi in questione.

³² SAMUEL WALKER, *Hate Speech*, cit. pp. 77 ss.

³³ LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, 2009, pp. 188 ss.

³⁴ *Lotta contro il discorso d'odio*, (febbraio 2023) [<https://rm.coe.int/italian-rec-2022-16-combating-hate-speech-it-2764-7330-5863-1/1680ad6162>], consultato il 10/3/2024.

³⁵ *Ibid.*

avanzate siano numerose. Ciò, tuttavia, non può esimere un osservatore attento dal compito di delineare più chiaramente l'argomento in analisi. Pertanto, anche se non si è ancora in grado di giungere a una definizione completa del termine, ci si deve però sforzare di arrivare a una migliore delimitazione del concetto. In tale prospettiva, nel prossimo paragrafo verranno esposte alcune delle definizioni maggiormente rilevanti per questa analisi, per arrivare poi a una "definizione operativa" o "di lavoro", che ci permetta di affrontare il prosieguo della trattazione.

3. Una definizione di lavoro dei discorsi d'odio.

Nei paragrafi che precedono si è più volte fatto menzione di fonti internazionali in materia di discorsi d'odio: le convenzioni, gli accordi, le raccomandazioni e in generale i documenti che trattano questo tema sono infatti numerosi. Il loro esame verrà affrontato in parte nel capitolo che segue. Ciò che rileva in questa sede, invece, sono i documenti che contengono una definizione di discorso d'odio, che verranno brevemente esposti al fine di un'analisi che ne metta in luce gli elementi fondamentali e comuni. Successivamente, si confronteranno i dati di questa osservazione con alcune delle definizioni offerte dalla dottrina per completare il quadro definitorio e giungere così a una proposta di sintesi funzionale al resto dell'analisi.

Prima di proseguire, conviene puntualizzare che in questa sede si prenderanno in considerazione le fonti che hanno rilevanza per il contesto italiano e che contengono una definizione di *hate speech*. Vi sono infatti alcune fonti e convenzioni, che prevedono degli obblighi di incriminazione per gli Stati firmatari, tra cui l'Italia, come la Convenzione di New York per l'eliminazione di ogni forma di razzismo del 1965, promossa dall'ONU, o la Decisione Quadro 2008/913/GAI per quanto riguarda il contesto europeo. Esse però non forniscono una definizione generale di *hate speech*; pertanto, verranno analizzate, nel capitolo che segue.

Ciò precisato, al fine di procedere con ordine, pare opportuno cominciare con la Raccomandazione n. 20 del Consiglio d'Europa del 1997; questo atto è spesso preso come punto di partenza per la ricerca di una delimitazione del concetto di *hate speech*, per via del suo primato, dal punto di vista temporale, nell'intento definitorio. La Raccomandazione recita che ai fini della stessa:

«[...] *si intende per discorso d'odio qualsiasi forma di espressione mirante a stimolare, promuovere, diffondere o giustificare la violenza, l'odio o la discriminazione nei confronti di una persona o un gruppo di persone, o a denigrare una persona o un gruppo di persone per motivi legati alle loro caratteristiche o situazioni personali, reali o presunte, quali la "razza", il colore della pelle, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale*».

La Raccomandazione contiene una serie di indicazioni per gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, nel tentativo di promuovere una linea comune nella lotta ai discorsi d'odio; per tale ragione, essa offre una definizione di dell'*hate speech* finalizzata a coordinare gli sforzi degli Stati coinvolti.

Tornando agli elementi della definizione appena fornita si è di fronte a una descrizione piuttosto ampia, che ricomprende tanto condotte, in senso lato, di incitamento ("*stimolare*", "*promuovere*", "*diffondere*") all'odio o alla violenza, quanto comportamenti ricollegabili all'apologia delle medesime. A tale elemento si aggiunge l'appartenenza della vittima a gruppi determinati in ragione di una loro caratteristica.

La discriminazione è dunque legata ad un motivo che si rinviene nei caratteri della vittima, che possono essere di varia natura, reali o presunti (ci si riferisce ad esempio alla "razza"³⁶, al colore della pelle, alla lingua, alla religione, alla nazionalità o all'origine nazionale o etnica, all'età, alla disabilità, al sesso,

³⁶ Il termine "razza" è posto tra virgolette per mantenere la scelta operata dal redattore della Raccomandazione che si premura di precisare in nota come l'utilizzo di questa parola non rispecchi la realtà scientifica, per cui non esistono diverse razze umane, quanto piuttosto stia a indicare l'ideologia razzista che si è sviluppata attorno a questa erronea credenza e che si vuole combattere.

all'identità di genere e all'orientamento sessuale). Accanto all'incitamento alla “violenza”, “l'odio” la “discriminazione”, si ha anche la condotta di “denigrare”, che esprime in generale il trattamento deteriore di un soggetto.

Un'ulteriore Raccomandazione proveniente dall'ECRI nel 2015 ha ampliato e aggiornato la portata della definizione del 1997:

«...si intende per discorso dell'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, dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale».

In questa definizione compare un'ulteriore specificazione delle condotte che possono integrare un discorso d'odio. Dopo una prima sezione, che ricalca in gran parte l'inquadramento fornito dalla Raccomandazione del 1997 e che possiamo ricondurre in generale all'incitamento all'odio, si introduce un'altra ipotesi di *hate speech*: *«il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo»*. In questo caso vengono descritti dei comportamenti direttamente rivolti alla vittima, *«persona o gruppo»* e che costituiscono una condotta espressiva suscettibile di assumere varie forme (*insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce*).

Allargando la portata geografica dell'analisi, si segnala l'ampia definizione fornita dall'ONU il 18 giugno del 2019, in occasione del lancio del piano per combattere l'*hate speech*³⁷. Nel documento si stabilisce che costituisce un discorso

³⁷ UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech 18 June 2019, cit. Il testo originale definisce l'*hate speech*: «[...] Any kind of communication in speech, writing or behaviour, that attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or a group on the basis of who they are, in other words, based on their religion, ethnicity, nationality, race, colour, descent, gender or other identity factor».

d'odio:

«Qualsiasi tipo di comunicazione, sotto forma di discorso, scritto o comportamento che attacca o usa un linguaggio peggiorativo o discriminatorio, riferito ad una persona o un gruppo sulla base della loro identità/ di chi sono, ossia sulla base della loro religione, appartenenza etnica, nazionalità, razza, discendenza, genere o altri fattori identitari [...]».

Questo inquadramento dell'*hate speech* è assimilabile alla seconda parte della Raccomandazione dell'ECRI del 2015 appena vista, in quanto ricomprende nei discorsi d'odio comportamenti rivolti direttamente alle vittime, quali atti comunicativi (che possono assumere varie forme) che usano un linguaggio discriminatorio o peggiorativo. Non si ha quindi una delimitazione alle ipotesi di incitamento all'odio o alla discriminazione come avveniva invece negli esempi precedentemente analizzati. In questa definizione compare poi anche l'ulteriore fattore, già visto e comune a tutte le altre proposte, di riconducibilità della discriminazione all'appartenenza della vittima o delle vittime a un gruppo definito in ragione di una o più caratteristiche comuni, i c.d. *grounds of discrimination*.

Gli elementi che finora emergono dall'analisi delle fonti esaminate e che vanno a costituire un discorso d'odio possono essere così riassunti: in primo luogo, si deve avere una condotta comunicativa dotata di un contenuto dispregiativo, denigratorio e stigmatizzante nei confronti di un singolo o di un gruppo. In secondo luogo, occorre che il messaggio comunicato raggiunga la soglia dell'incitamento alla discriminazione all'odio o, nei casi più gravi, alla violenza, esso deve avere cioè una sufficiente portata di condizionamento sulla psiche del destinatario. In terzo luogo, la condotta deve essere diretta contro un soggetto o un gruppo in ragione dell'appartenenza dei medesimi a una categoria identificata per tramite di caratteristiche specifiche, i *grounds of discrimination*.

Passando ora alla letteratura, essa offre un quadro un po' più articolato

di definizioni. Limitandoci al versante statunitense, la studiosa Chris Demaske³⁸ ha operato una catalogazione delle soluzioni presenti nel dibattito giuridico relative all'*hate speech*, evidenziando alcuni elementi ricorrenti e sottolineando come diversi studiosi, nel tentativo di formulare una categorizzazione esaustiva per i discorsi d'odio, propongano di prevedere diverse tipologie di *hate speech*.

Gregory S. Gordon, in particolare, differenzia tre categorie di *hate speech* sulla base del destinatario. Il comune denominatore rimane l'effetto "*dehumanising*", ossia il negare l'umanità dei bersagli; dato questo punto di partenza, si ha una graduazione a seconda che l'ostilità si esprima in generale, ossia senza uno specifico destinatario, o direttamente nei confronti del soggetto del discorso (*harassment*) ovvero ancora vi sia un incitamento rivolto contro soggetti terzi a commettere violenza o discriminare. In questa categorizzazione emergono due elementi d'interesse: la negazione dell'umanità (1), comune a tutte le tipologie, e l'incitamento a commettere atti violenti o discriminatori (2) che compare invece solo nei casi più gravi. Si distingue cioè tra l'incitamento all'odio e alla discriminazione o alla commissione di atti violenti, da un lato, e il compimento degli atti discriminatori attraverso aggressioni verbali realizzate in prima persona dall'autore, dall'altro.

Un'ulteriore componente, importante per la ricerca della nostra definizione di lavoro, viene ribadito dalla catalogazione presentata da Bhikhu Parekh³⁹. Si tratta del fatto che questo tipo di discriminazione sia posta in essere in ragione dell'appartenenza del soggetto o dei soggetti stigmatizzati a un gruppo, identificato o facilmente identificabile, che sia già in una posizione di vulnerabilità, sulla base di *prohibited grounds of discrimination*, (ossia motivi di discriminazione proibiti). Nel versante italiano, questo elemento è stato richiamato anche da Di Rosa⁴⁰, che sottolinea, al pari di Parekh, come l'effetto

³⁸ CHRIS DEMASKE, *Free Speech and Hate Speech in the United States: The Limits of Toleration*, Routledge, 7 ottobre 2020¹, pp. 11 ss.

³⁹ *Ibid.* p.14.

⁴⁰ ALESSANDRO DI ROSA, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*,

del collegamento tra l'appartenenza al gruppo vulnerabile e il trattamento deteriore del soggetto o dei soggetti colpiti dal discorso d'odio sia quello di legittimare un simile sopruso e promuovere un circolo vizioso di discriminazione.

Per sintetizzare quanto ora visto e giungere ad una delimitazione del concetto funzionale al prosieguo del lavoro si può scomporre l'*hate speech* nelle sue due componenti.

Il primo elemento è il discorso (*speech*). In questo senso si intende un atto linguistico che può assumere forme ulteriori rispetto al parlato, quali ad esempio la scrittura, le immagini o anche gesti che abbiano una portata comunicativa sufficientemente forte e non equivoca⁴¹.

Il secondo elemento è l'odio (*hate*). Al riguardo, come osservato da una parte della dottrina statunitense, emerge il pericolo di fraintendimenti circa una presunta volontà del legislatore di punire i pensieri⁴². Senza addentrarci ora nella discussione relativa all'intento dell'autore o alle motivazioni che sorreggono il suo operato, va subito precisato che non si pone nessun pericolo di compressione della libertà d'opinione. Questo concetto è autorevolmente ribadito, nell'ambito delle fonti internazionali che prendono in considerazione il rapporto tra la libertà d'espressione e l'illiceità dei discorsi d'odio, anche dal Comitato dell'Onu per i diritti umani in relazione all' Art. 19 della *International Covenant on Civil and Political Rights*, in un *General Comment* del 1983⁴³. Nel documento si asserisce il carattere assoluto della libertà di opinione,

Mucchi Ediotre, 2020, p.72.

⁴¹ Si pensi all'ipotesi del c.d. *cross burning*, oggetto di analisi da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992); in questo episodio la condotta di incendiare una croce di legno nel giardino di una famiglia afroamericana perpetrata da parte di alcuni appartenenti al Ku Klux Klan è stata considerata come un "atto parlante", ossia con una portata comunicativa sufficientemente forte da ricomprenderla nella categoria dello *speech*. Per un breve resoconto del caso si veda: DAVID A. MAY, *R.A.V. v. St. Paul* (1992), in «The Free Speech Center» (1° gennaio 2009) [<https://firstamendment.mtsu.edu/article/r-a-v-v-st-paul/>], consultato il 29/4/2024.

⁴² Si veda: JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit. p. 32. In questo passaggio l'autore sottolinea criticamente come il termine *hate speech* sia stato interpretato da alcuni come atto a punire il pensiero d'odio.

⁴³ *CCPR General Comment No. 10: Article 19 (Freedom of Opinion)* [<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1983/en/39481>], consultato il 29/4/2024.

differenziando questa dalla libertà di manifestazione di pensiero; quello che infatti assume rilievo ai fini dell'odio preso in considerazione è l'esternazione di un pensiero, non l'idea che viene pensata.

Sulla base dei contributi dottrinali e le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali appena analizzati, vediamo ora una sintesi che costituisca la definizione di lavoro cercata.

Possiamo definire un discorso d'odio come la comunicazione di un messaggio dispregiativo, che raggiunga la soglia dell'incitamento⁴⁴ alla discriminazione o al compimento di atti violenti nei confronti delle vittime e (1) che sia rivolto contro un individuo o un gruppo facente parte di una minoranza, in ragione della sua identità e appartenenza al gruppo (2);

Abbiamo così individuato degli elementi che *prima facie* permettono di distinguere un discorso d'odio da altre tipologie di manifestazioni di pensiero e che sembrano giustificare l'illiceità. Come si vede, si è scelto di escludere le espressioni che manifestino esclusivamente un pensiero negativo senza giungere ad incitare all'odio, la discriminazione o la commissione di atti violenti, restando tuttavia aperta la questione della delimitazione di cosa costituisca incitamento o meno. È chiaro, peraltro, che la decisione rispetto a quali tipi di esternazione possano proibirsi spetta al legislatore, che può modulare, se del caso, le sanzioni da applicarsi. Nel capitolo seguente ci occuperemo di ricostruire l'evoluzione della normativa repressiva dei discorsi d'odio presente nel nostro ordinamento partendo dalle fonti internazionali.

⁴⁴ ALESSANDRO DI ROSA, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, cit. p. 67. L'autore sottolinea come questo elemento sia posto come parametro soglia dalle disposizioni internazionali.

Capitolo Secondo

LE FONTI INTERNAZIONALI E LA NORMATIVA INTERNA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le fonti e il contesto internazionali: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. - 3. La Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. - 4. La legge del 13 ottobre 1975, n. 654 e il contesto italiano. - 5. La c.d. legge Mancino del 1993. - 6. La riforma dei reati d'opinione del 2006. - 7. Il contesto europeo: il lungo percorso verso la Decisione Quadro 2008/913/GAI. - 7.1 (*Segue*) L'approdo alla Decisione Quadro 2008/913/GAI e la recezione italiana. - 7.2 (*Segue*) L'apologia e il negazionismo: l'aggravante di negazionismo nella legge n. 115 del 2016 e la Legge europea 2017. - 8. La riserva di codice del 2018 e l'odierna normativa interna. - 9. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il sistema di tutela. - 9.1 (*Segue*) La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: i contenuti degli artt. 10, 14, 17. - 10. Conclusioni.

1. Introduzione.

In questo capitolo inizieremo ad esplorare la disciplina penale dei discorsi d'odio partendo dalla normativa internazionale poiché, come si avrà modo di approfondire (e si è già in parte anticipato), è proprio questo il contesto in cui emergono le prime istanze di regolamentazione del fenomeno di nostro interesse e anche perché sono tali fonti ad aver influenzato il nostro legislatore nell'introduzione della normativa nazionale. L'analisi del capitolo verterà quindi sulla ricostruzione dell'evoluzione storica delle disposizioni dal secondo dopoguerra al giorno d'oggi. Nella trattazione che segue si approfondirà inoltre l'apporto della normativa sovranazionale in quanto funzionale alla comprensione degli interventi di adeguamento interni al nostro ordinamento. L'esposizione si svolgerà pertanto su due piani paralleli, quello nazionale e quello sovranazionale e internazionale seguendo un criterio diacronico.

Ripercorrere le tappe evolutive della repressione penale dell'*hate speech* ci

permetterà di inquadrare i motivi dei caratteri di asistematicità e stratificazione che caratterizzano l'assetto normativo odierno e in quest'ottica si cercherà di evidenziare come il contesto storico abbia influito sulle scelte dei legislatori. Tale lavoro di ricostruzione sarà infatti funzionale all'analisi del contenuto dei divieti penali presenti nel nostro ordinamento che avrà luogo nel prossimo capitolo. Da ultimo si introdurrà il ruolo svolto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Strasburgo nella repressione dei discorsi d'odio in ragione della notevole influenza esercitata tanto nell'Europa geografica quanto nel resto del modo occidentale.

Fatte queste brevi considerazioni, si può passare ad analizzare le prime fonti di nostro interesse.

2. Le fonti e il contesto internazionali: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

Nel capitolo precedente si è più volte menzionato come l'introduzione nell'ordinamento italiano di norme repressive dell'*hate speech* sia stata dovuta agli obblighi contenuti in alcune convenzioni internazionali volte a tutelare i diritti umani. Pertanto, l'analisi che ci accingiamo a svolgere in questo capitolo, partirà da tali fonti. Prima di addentrarsi nella discussione relativa alle convenzioni cogenti per il nostro legislatore, ai fini di un'esposizione più chiara e completa, occorre presentare brevemente il contesto internazionale di cui le stesse sono frutto.

Il primo documento in cui emerge l'interesse della comunità internazionale per il contrasto alle discriminazioni è la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite per i Diritti Umani nel 1948.

Questa Dichiarazione era stata ideata come parte di un progetto tripartito delle Nazioni Unite finalizzato alla creazione di un catalogo dei diritti

fondamentali dell'uomo, un c.d. *International Bill of Rights*⁴⁵.

Sebbene nella versione finale non sia presente una norma dedicata ai discorsi d'odio, l'intreccio tra i temi del contrasto delle discriminazioni e della libertà di espressione, oggetto di discussione in sede preparatoria, emerge da una lettura sistematica dell'intera Dichiarazione. In altri termini, benché il dibattito non abbia portato all'adozione di una disposizione specifica sui discorsi d'odio, vi sono alcuni articoli che segnalano l'interesse dei redattori per il tema.

In particolare, l'impegno antidiscriminatorio è enunciato dall'art. 2, che stabilisce: «*Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione*».

La stessa logica è poi fatta propria dall'art. 7 dove è infatti previsto il divieto di discriminazione e di incitamento alla discriminazione, nei seguenti termini: «*[...] Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione*».

Come si vede in questo ultimo articolo compare il riferimento a un diritto alla tutela dall'incitamento alla discriminazione, interpretata come una violazione dell'uguaglianza garantita dalla Dichiarazione.

Procedendo, a tali disposizioni si deve aggiungere l'apporto degli articoli 29 e 30 che vietano l'abuso dei diritti riconosciuti dalla Dichiarazione ovvero il loro esercizio con modalità tali da distruggere gli altri diritti ivi garantiti. Tra le libertà tutelate ma allo stesso tempo soggette a questi limiti è presente la libertà d'espressione garantita dall'articolo 19.

⁴⁵ Questa soluzione fu adottata dopo la presa di coscienza da parte dei relatori dell'impossibilità di redigere un unico testo secondo quanto invece inizialmente previsto. Gli altri due documenti che compongono il progetto sono il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966 (*International Covenant on Civil and Political Rights*) e la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) del 1966. Entrambi i trattati, a differenza della Dichiarazione, hanno carattere vincolante per gli Stati firmatari. Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966 verrà trattato nel prosieguo.

Il combinato disposto delle norme appena viste è stato interpretato, tenendo conto delle preoccupazioni per la repressione dei discorsi d'odio espresse durante i lavori di redazione della Dichiarazione, nel senso di apprestare una tutela contro le forme di espressione che costituiscono un incitamento alla discriminazione⁴⁶.

È chiaro che la volontà di reprimere questi comportamenti era in qualche misura già presente in sede preparatoria; stando così le cose ci si può interrogare sui motivi della mancata adozione di una norma repressiva dell'*hate speech*.

Le ragioni sono molteplici e consistono tanto nelle differenze di tradizione storica e vissuto delle singole nazioni⁴⁷, quanto in un disaccordo di tipo linguistico e di tecnica giuridica fra i rappresentanti presenti nella Commissione. La storia del dibattito, in piena Guerra Fredda, sull'opportunità di introdurre nella Dichiarazione di una norma repressiva dell'*hate speech*, è stata più volte ricostruita nel senso di una contrapposizione tra il blocco occidentale e quello sovietico⁴⁸. Emblematica di questa tensione sarebbero gli scambi di interventi tra la Presidente della Commissione e Rappresentante degli Stati Uniti, Eleanor Roosevelt, e il rappresentante dell'Unione Sovietica.

Valutando il dibattito nel contesto storico di contrapposizione tra le due superpotenze, alcuni commentatori hanno attribuito la volontà di introdurre norme repressive dei discorsi d'odio ai Paesi di area sovietica⁴⁹, sottolineando come nessuno degli Stati afferenti al Consiglio d'Europa avesse votato a favore

⁴⁶ STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix: The Theoretical and Historical Foundations of International Law and Practice Concerning Hate Speech*, in «Berkeley Journal of International Law», 14 (1996), 1, pp. 19 ss. L'intero contributo offre una ricostruzione dei lavori preparatori sottesi al progetto dell'*International Bill of Rights*.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 33-34. In questo passaggio dell'opera si riporta come alcuni dei rappresentanti dei diversi Stati facenti parte della Commissione addetta alla redazione del testo della Dichiarazione presero atto del diverso impatto delle esperienze storiche nazionali sulla percezione della propaganda all'odio. In particolare, si sottolinea che, come notato dal rappresentante francese René Cassin, la maggior parte dei Paesi a favore dell'introduzione di disposizioni contro la propaganda all'odio erano quelli che lo avevano subito, come ad esempio la Jugoslavia e il Cile.

⁴⁸ Per uno tra i molti contributi in questo senso si veda: Kevin BOYLE, *Hate Speech--The United States Versus the Rest of the World* Frank M. Coffin Lecture on Law and Public Service--Editors Note, in «Maine Law Review», 53 (2001), 2, pp. 488 ss.

⁴⁹ JACOB MCHANGAMA, *The problem with hate speech laws*, in «The Review of Faith & International Affairs» (2015), pp. 75 ss.

di tale aggiunta e come in particolare gli Stati Uniti si fossero opposti prospettando i possibili abusi a cui la stessa avrebbe potuto dare adito, nel senso di una eccessiva limitazione della libertà d'espressione. La realtà, tuttavia, appare essere ben più complessa e sfaccettata⁵⁰.

Benché non sia possibile negare il ruolo delle contrapposizioni ideologiche tra il blocco occidentale e quello filosovietico nei contrasti redazionali della Dichiarazione, leggendo approfonditamente le testimonianze dei lavori preparatori della Commissione, si può infatti notare come l'approccio favorevole all'introduzione di limitazioni della libertà d'espressione in seno alla Dichiarazione fosse proprio anche dei rappresentanti di paesi non riconducibili alla sfera di influenza dell'URSS, come ad esempio la Francia e l'Australia.

Per tale ragione, sembra corretto affermare che in alcune delle ricostruzioni storiche delle norme a contrasto dell'*hate speech*, soprattutto provenienti dall'ambito statunitense⁵¹, il ruolo dell'ideologia sovietica nella repressione di certe forme di libertà d'espressione sia stato fortemente sovradimensionato.

In ogni caso, è vero che i tempi non erano ancora maturi per un accordo sui discorsi d'odio; questo primo fallimento però non eliminò la discussione sull'inserimento di simili norme all'interno dell'*International Bill of Rights*, ma spostò il momento in cui provvedervi. A seguito di una deliberazione interna, infatti, la Commissione decise di affrontare la questione non in una Dichiarazione di principi e diritti, bensì in un trattato con forza vincolante per gli Stati firmatari. Si giunse in questo modo al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966 (*International Covenant on Civil and Political Rights*, in seguito ICCPR). Questo trattato, agli occhi dei redattori, aveva lo scopo di

⁵⁰ STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix*, cit. (1996), pp. 9 e 15.

⁵¹ Per un esempio emblematico di questa chiave interpretativa rispetto alle origini dei divieti di *hate speech* si veda JACOB MCHANGAMA, *The Sordid Origin of Hate-Speech Laws, A tenacious Soviet legacy*, (2011), pp. 1 ss., disponibile su <https://www.hoover.org/research/sordid-origin-hate-speech-laws>. Il giudizio dell'autore emerge già molto chiaramente dal titolo, "La sordida origine delle norme contro l'*hate speech*, un'ostinata eredità sovietica" (traduzione nostra).

specificare i diritti contenuti nella Dichiarazione del 1948 e di garantirne il rispetto, imponendosi con forza vincolante sugli Stati firmatari⁵².

Soffermandoci brevemente sui suoi contenuti, gli articoli rilevanti sono l'art. 19, dedicato alla libertà d'espressione, e l'art. 20, che introduce, insieme ad altri elementi, un obbligo sanzionatorio dei discorsi di incitamento all'odio e alla discriminazione.

Più in particolare, l'art. 19 dopo aver sancito la libertà di opinione e di espressione afferma che: «[...]3. *L'esercizio delle libertà previste al paragrafo 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche*». Come si vede, si inizia a prevedere espressamente la possibilità di limitare la libertà d'espressione, pur sempre però nel confine tracciato da esplicite previsioni di legge sorrette da specifici motivi.

Si viene così a delineare un rapporto di eccezione tra la libertà di espressione e la sua limitazione, aspetto che nella Dichiarazione emerge in via interpretativa solo da una lettura globale del testo (in particolare dagli articoli 19, 29 e 30). Un'altra disposizione rilevante per la nostra trattazione si trova all'art. 20 che introduce un obbligo in capo agli Stati in materia di discorsi d'odio, così formulato: «1. *Qualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge. 2. Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge*».

Accanto alla proibizione della propaganda a favore della guerra, chiaro portato dell'esperienza della Seconda guerra mondiale, si predispose un'ipotesi più generale di divieto di discorsi d'odio, riferita ai campi dell'odio nazionale, razziale e religioso e comprensiva dell'incitamento in generale alla

⁵² STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix*, cit. (1996), pp. 20-21.

discriminazione e l'ostilità e non solo alla violenza.

A dir il vero, nella prima versione dell'articolo la proibizione riguardava esclusivamente l'incitamento della violenza⁵³; solo in un secondo momento, ad esso si affiancò l'incitamento alla discriminazione, qualificato dalla congiunzione disgiuntiva "o" e quindi configurato come autonoma alternativa.

Per quanto ricca di ulteriori spunti di riflessione sull'approccio internazionale alla repressione dei discorsi d'odio, l'esposizione relativa ai due strumenti analizzati può concludersi qui: occorre ora dedicarsi a un altro trattato: la Convenzione di New York per l'eliminazione di ogni forma di razzismo. Come vedremo, questa Convenzione si pone in stretto collegamento con le due fonti appena analizzate e ricopre un ruolo particolarmente importante nella nostra trattazione per le ricadute prodotte nell'ordinamento italiano.

3. La Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale.

La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, abbreviato a ICERD) viene adottata dal Comitato per i diritti umani dell'ONU il 21 dicembre 1965 ed entra in vigore il 4 gennaio 1969.

Il trattato è volto, come emerge dal nome, al contrasto della discriminazione razziale.

Di particolare rilievo è l'art. 4 che, dopo aver sancito l'obbligo di una generale presa di posizione contro individui e associazioni che si ispirino a ideologie razziste e promuovano la discriminazione razziale, prevede una serie di obblighi di criminalizzazione per gli Stati contraenti. In particolare, la norma

⁵³ *Ibid.* pp. 25 ss.

censura quattro condotte⁵⁴: la diffusione di idee basate sull'odio e la superiorità razziale, l'incitamento alla discriminazione razziale, gli atti di violenza razzialmente motivati e l'incitamento al compimento degli stessi⁵⁵.

L'art. 4 prevede inoltre il divieto di forme di discriminazione di tipo associativo⁵⁶. Tutti divieti ora visti fanno riferimento al concetto di discriminazione che, ai fini della Convenzione, viene individuato all'art. 1 come:

«[...] ogni distinzione, 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 [...]».

Gli ambiti di discriminazione che assumono rilevanza ai sensi della Convenzione però, non si esauriscono con questa elencazione in quanto il disposto dell'art. 1 deve essere ricordato con l'art. 5 (lett. D). Quest'ultima disposizione è infatti richiamata dall'art. 4 nella parte in cui dispone che gli Stati, nell'implementazione degli obblighi di criminalizzazione ivi descritti debbano rispettare le garanzie contenute nell'art. 5.

Soffermandoci brevemente sul punto, dal raffronto dei contenuti delle due disposizioni, emerge una difficoltà nel raccordare gli ambiti di discriminazione previsti dall'art. 1, sempre basati sulla “razza” o etnia, e i diritti

⁵⁴ La seconda parte dell'articolo prevede infatti che: «*Gli Stati firmatari si impegnano [...] 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, [...]*»

⁵⁵ Come emerge dal *General Comment n. 35* predisposto dal Comitato per l'eliminazione di ogni forma di Discriminazione Razziale nel 2013, organo preposto alla supervisione sull'implementazione della Convenzione⁵⁵ (di seguito CERD) le condotte che gli Stati firmatari sono tenuti a criminalizzare sono le seguenti: «*(a) Qualsiasi diffusione di idee basate sulla superiorità razziale o etnica o l'odio, mediante qualsiasi mezzo; (b) Incitamento all'odio, disprezzo o discriminazione diretto contro membri di un gruppo sulla base della loro razza, colore, discendenza, ovvero provenienza nazionale o etnica; (c) Minacce o incitamento alla violenza contro individui o gruppi sulla base dei motivi di cui sopra (b); (d) Espressioni che comportano insultare, mettere in ridicolo o individui o gruppi ovvero giustificazioni di odio, disprezzo, diffamazione o discriminazione sulla base dei motivi di cui (b) sopra, quando ammontano chiaramente ad un incitamento all'odio o alla discriminazione [...]*». CERD, Committee on the Elimination of Racial Discrimination General Recommendation No. 35 Combating racist hate speech, (26 settembre 2013), p. 4 §13.

⁵⁶ Ciò è ribadito alla lettera (e) dell'elenco sopracitato, che vieta infatti: «*la partecipazione ad organizzazioni e attività che promuovono e incitano la discriminazione razziale*».

civili che devono essere garantiti senza possibili discriminazioni contenuti invece nell'art. 5 (lett. D.)⁵⁷. Mentre, come si è visto, l'art. 1 rimanda ad ambiti della sfera pubblica in cui deve essere vietata la discriminazione, l'art 5 fa riferimento a ipotesi che riguardano la vita privata dell'individuo, come il matrimonio. Manca in questo senso una coerenza sistematica delle disposizioni. Tornando ai contenuti dell'art. 4, la prima parte di questa disposizione contiene la c.d. “*due regard clause*”. Questa clausola, come visto, oltre a prevedere che gli Stati nell'implementazione delle disposizioni della Convenzione debbano prestare il debito riguardo alle disposizioni dell'art. 5, stabilisce altresì che gli aderenti si conformino alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Questa clausola svolge una funzione essenziale nell'interpretazione della Convenzione, ma pone al contempo problemi legati alle possibilità esegetiche aperte dai richiami che essa contiene. La *due regard clause* è infatti la sede in cui si giocano gli equilibri tra le libertà coinvolte nei divieti di discriminazione introdotti dalla Convenzione.

Il rappresentante statunitense in sede redazionale aveva inizialmente proposto che la clausola fosse riferita esclusivamente alla libertà d'espressione e di pensiero⁵⁸. In questo modo si intendeva mitigare le possibili spinte di natura repressiva che sarebbero potute scaturire dall'obbligo di criminalizzazione dei discorsi d'odio derivante dall'ICERD, in quanto nella sua applicazione si sarebbe dovuto avere riguardo esclusivamente della libertà di espressione e non anche di altre istanze di tutela.

Questo progetto però non ebbe successo in quanto nella sua versione definitiva la *due regard clause* richiama l'intera Dichiarazione e quindi non solo le disposizioni a salvaguardia della libertà d'espressione, ma anche le norme che

⁵⁷ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, vol. IV agg., tomo II, UTET giuridica, 2008, p. 11.

⁵⁸ Si faccia riferimento alla ricostruzione in: STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix*, cit. p. 49. L'autrice riporta come la proposta iniziale provenisse dal rappresentante francese e nello stesso senso si fosse schierato il rappresentante statunitense, sebbene a prevalere nel testo finale sia stata la proposta della Nigeria, relativa a un richiamo dell'intera Dichiarazione.

vietano la discriminazione analizzate sopra (artt. 2, 7, 29, 30) e che operano come possibili contrappesi al diritto di manifestare il proprio pensiero.

In questo modo emerge un apprezzabile margine di ambiguità della clausola in oggetto, che permette percorsi interpretativi diversi a seconda che si scelga di valorizzare il richiamo alle disposizioni che vietano le discriminazioni ovvero a quelle volte a tutelare la libertà d'espressione.

Si deve precisare che un elemento che spinge per un'interpretazione sistematica della Convenzione, che non dia prevalenza esclusiva alle disposizioni che tutelano la libertà d'espressione, è la presenza all'interno della *due regard clause* del richiamo all'art. 5. Come sappiamo infatti, tale disposizione ribadisce il divieto di discriminazione, ampliando gli ambiti di tutela previsti dall'art. 1. Il CERD propende per quest'ultima impostazione, benché le scelte degli Stati firmatari non la rispecchino in maniera omogenea⁵⁹.

Al tentativo di limitare la portata degli obblighi di criminalizzazione per gli Stati aderenti attraverso l'interpretazione della *due regard clause* si ricollega il tema delle riserve e delle interpretazioni limitative dell'art. 4. Ai nostri fini è importante evidenziare che l'Italia è tra i cinque Paesi⁶⁰ che ratificano la Convenzione e che, pur senza apporre una riserva formale, dichiara di interpretare gli obblighi nel senso di attribuire un'importanza fondamentale alla libertà d'espressione e di riunione, valorizzando così la *due regard clause*⁶¹.

A questo punto, avendo esaminato il contenuto e la portata degli obblighi di criminalizzazione che derivano dall' ICERD, conviene passare all'analisi della sua implementazione nel nostro ordinamento; prima però di rientrare

⁵⁹ *Ibid.* p. 50, in cui si riporta l'interpretazione degli USA secondo i quali il richiamo alla Dichiarazione operato dalla *due regard clause* fosse da intendersi nel senso di non ostacolare la libertà d'espressione («*without impairing freedom of expression*»); per una panoramica sulla problematicità delle diverse interpretazioni della *due regard clause* si faccia riferimento a: DREW MAHALIC, JOAN GAMBEE MAHALIC, *The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in «Human Rights Quarterly», 9 (1987), 1, pp. 95 ss.

⁶⁰ Gli altri Paesi che hanno pronunciato una simile dichiarazione al momento della firma sono l'Austria, il Belgio, la Francia e la Papua Nuova Guinea. STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix*, cit. p. 59.

⁶¹ La dichiarazione del Governo italiano al momento della firma della Convenzione è consultabile sul sito dell'ONU dedicato all'archivio dei trattati [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en]

nell'ambito nazionale, è opportuno svolgere una breve premessa sul ruolo delle fonti internazionali e sovranazionali rilevanti alla nostra trattazione.

Nel versante europeo un ruolo fondamentale per la tutela della libertà d'espressione è senz'altro svolto dall'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti CEDU) che garantisce la libertà d'espressione e al contempo prevede la possibilità che questo diritto venga limitato.

Poiché però nella CEDU non è presente una norma che vieti apertamente l'*hate speech*, per l'analisi delle ricadute della giurisprudenza della Corte EDU risulta indispensabile trattare prima le norme di diritto interno in Italia, poiché è proprio sulla normativa interna dei paesi aderenti che la Corte si è potuta esprimere, valutando la conformità di queste disposizioni di legge con i principi sanciti nella Convenzione. Nel prossimo paragrafo si inizierà quindi la trattazione della normativa italiana, per poi tornare in un secondo momento nel versante internazionale trattando della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

4. La legge 13 ottobre 1975 n. 654 e il contesto italiano.

La legge del 13 ottobre 1975, n. 654 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, la c.d. legge Reale, introdusse alcune disposizioni volte alla repressione di certe tipologie di discorsi d'odio insieme ad altri illeciti accomunati dalla matrice discriminatoria. Per la verità, la prima ipotesi di reato riconducibile alla definizione di *hate speech* fornita nel capitolo precedente risale al 1967 con l'introduzione del reato di apologia di genocidio, a seguito della ratifica della Convenzione internazionale per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948, disposta dalla legge del 9 ottobre 1967, n. 962. Tuttavia, poiché tale ultima è un'ipotesi specifica di discorso d'odio, si è scelto di cominciare dall'analisi della normativa che si occupa del fenomeno in maniera più generale.

Dopo aver esposto il testo delle disposizioni rilevanti per la nostra trattazione ci soffermeremo brevemente sul contesto di recezione della normativa, che è funzionale a spiegarne i successivi sviluppi prodotti dagli interventi di riforma.

Fondamentale è l'art. 3 della legge n. 654 del 1975 contenente diverse ipotesi di reato. Occorre da subito sottolineare che al fine di valutare la riconducibilità al *genus* del discorso d'odio di ciascuna delle condotte vietate, sarà necessario esaminarle singolarmente. A questo provvederemo nel capitolo seguente. In questa sede è opportuno limitarci a ricordare i tratti essenziali⁶² dell'art. 3 che, nella sua versione originale del 1975, prevedeva:

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni: a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale [...]»⁶³.

Occorre da subito notare, dopo la clausola di salvaguardia, il richiamo diretto dei fini presenti nella Convenzione di New York e la previsione della medesima pena per quattro ipotesi di reato differenti; tale elemento verrà successivamente modificato.

Analizzando le condotte oggetto della disposizione, la lettera a) vieta la *diffusione in qualsiasi modo* di idee fondate sulla superiorità e l'odio razziale. La lettera b), posta in ordine di crescente gravità, individua tre ulteriori tipologie di

⁶² Nella trattazione delle norme interne che seguirà in questo e nei prossimi paragrafi, ci si atterrà a descriverne brevemente il contenuto per evidenziare le modifiche susseguitesi nel tempo a seguito degli interventi del legislatore. Il fine di questo capitolo, come ricordato in apertura, è ricostruire l'evoluzione nella normativa e le ragioni dietro le scelte del legislatore. Pertanto, l'analisi delle fattispecie verrà svolta nel capitolo seguente dove si avrà modo di approfondire i problemi relativi alla legittimità della norma, al bene giuridico e al bilanciamento degli interessi tutelati: *infra* cap. IV, §§ 2 ss.

⁶³ La norma continuava: «È vietata ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio o alla discriminazione razziale. Chi partecipi a organizzazioni o associazioni di tal genere, o presti assistenza alla loro attività, è punito per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da uno a cinque anni. Le pene sono aumentate per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni».

condotte vietate: l'incitamento alla discriminazione realizzato *in qualsiasi modo* (1), l'*incitamento* alla commissione di atti di violenza (2) e la commissione di atti di violenza (3). Nella lettera b) si specifica un ulteriore elemento necessario affinché le fattispecie vengano integrate: gli atti di violenza devono essere rivolti a soggetti *perché* appartenenti a un gruppo nazionale, etnico, razziale.

Nell'elencazione di questi *grounds of discrimination* emerge una differenza: nella propaganda di cui alla lettera a), diversamente da quanto accade per le condotte di cui alla lettera b) non viene richiamata l'appartenenza nazionale o etnica. Secondo alcuni autori questa discrepanza sarebbe dovuta alla volontà del legislatore di non sacrificare eccessivamente la libertà di espressione ampliando la punibilità mediante il riferimento all'appartenenza etnica o nazionale⁶⁴.

In questa prima formulazione dell'art. 3 sembra riprodotto fedelmente, il dettato dell'art. 4 della ICERD. Senza volerci ancora addentrare sul dibattito relativo all'opportunità di questo intervento normativo, occorre da subito evidenziare, per un migliore inquadramento delle norme, che l'iniziativa del legislatore fu da subito accolta con sguardo critico dalla maggior parte della dottrina⁶⁵.

La critica principale rivolta alla modalità di implementazione operata dal legislatore riguarda alla scelta di riprodurre in maniera pressoché identica il testo della ICERD all'interno del nostro ordinamento, senza considerare la compatibilità delle nuove disposizioni con l'assetto costituzionale e senza tener conto del contesto normativo in cui le disposizioni si sarebbero inserite. Un particolare risvolto di questa impostazione che venne da subito aspramente criticato riguarda predisposizione della medesima pena per tutte le condotte vietate; si affermò infatti come la stessa non tenesse conto della palese differente gravità delle stesse⁶⁶. Come vedremo, parte dei successivi interventi di riforma

⁶⁴ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p. 16.

⁶⁵ Sul punto: MARCO PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in «Questione Giustizia», 4 (2015), p. 43.

⁶⁶ In questo senso: LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 16.

furono rivolti a una maggiore differenziazione delle condotte stigmatizzate, almeno sotto il profilo del trattamento sanzionatorio. Il motivo di questa iniziale quasi pedissequa riproduzione è stato individuato da alcuni interpreti nella maggiore facilità per l'Italia, rispetto ad altri Paesi, a introdurre norme limitative della libertà d'espressione⁶⁷.

Secondo alcuni commentatori, infatti, l'ordinamento italiano nella recezione della normativa internazionale antidiscriminatoria avrebbe incontrato meno difficoltà rispetto ad altri Stati. Infatti, la pregressa presenza di numerosi reati d'opinione⁶⁸ risalenti al codice Rocco del 1930 avrebbe fatto avvertire come meno problematica l'introduzione di ulteriori limitazioni della libertà d'espressione.

In ogni caso, l'impatto della legge in questa sua prima versione fu reputato marginale. Fra le motivazioni di questo insuccesso vi sarebbe stata la già citata assenza di gradualità in ambito sanzionatorio; invero tale elemento avrebbe disincentivato i giudici dall'applicazione delle norme.⁶⁹

Si spiega così come il testo della legge n. 654 del 1975 rimase immutato fino al 1993 quando, a seguito di una presa di coscienza dell'incremento dei fenomeni razzisti di natura anche violenta, il legislatore decise di intervenire e, ritenendo la normativa finora analizzata insufficiente agli scopi di tutela disposti dalle fonti internazionali⁷⁰ adottò la legge del 25 giugno 1993, n. 205, la c.d. legge Mancino.

⁶⁷ ALESSANDRO PACE, MICHELA MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21 Rapporti civili*, Zanichelli, 2006, p. 287.

⁶⁸ Come per il caso dell'*hate speech*, anche per i c.d. reati d'opinione non esiste una definizione univoca globalmente condivisa: così MARCO PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, cit. pp. 37 ss. In particolare, l'autore evidenzia come, nonostante diversi autori siano restii a ricondurre alla categoria le ipotesi di apologia e istigazione perché non limitate a esprimere un pensiero ma volte a persuadere l'ascoltatore, in realtà, in una concezione ampia di reati d'opinione si possano ricomprendere svariate fattispecie, tra cui per esempio diffamazione, vilipendio, istigazione a delinquere e apologia di delitto. Per una ricostruzione generale dei reati d'opinione si veda: ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» (2007), pp. 689–738.

⁶⁹ LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 189.

⁷⁰ *Ibid.* pp. 190-191.

5. La c.d. legge Mancino del 1993.

Il decreto legge del 26 aprile 1993, n. 122, coordinato con la legge di conversione del 25 giugno 1993, n. 205, recante “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”, si mosse in due fondamentali direzioni: da un lato modificò il trattamento sanzionatorio previsto dall’art. 3 della legge n. 654 del 1975, dall’altro

Prima di procedere all’analisi di tali novità, occorre sottolineare che il contesto in cui si inserì la riforma era caratterizzato da un clima di generale apprensione per la crescita dell’intolleranza razzista nel nostro Paese, diffusosi negli anni ’90 del secolo scorso. L’urgenza sentita dal legislatore è infatti testimoniata dalla scelta dello strumento del decreto⁷¹ ed emerge anche dall’introduzione che precede l’articolo⁷².

Un’ulteriore spia della volontà di rispondere alla diffusione della discriminazione razziale, ampliando la portata e lo scopo della normativa, si ritrova nel fatto che l’art. 3 non è più pensato esclusivamente “ai fini” della ICERD, ma “anche” ai fini della stessa, prevedendo quindi una finalità di contrasto alle discriminazioni più ampia rispetto a quella indicata dalla versione precedente della disposizione. Alla stessa logica risponde nell’introduzione dei “motivi” e l’ampliamento degli stessi, di cui si dirà a breve.

La riformulazione dell’art. 3 operata dall’art. 1 della legge n. 205 del 1993 prevede quanto segue:

⁷¹ La conversione avvenne con la legge n. 205 del 1993 che apportò alcune modifiche relative in particolare alle aggravanti e ad alcuni profili del reato di stampo associativo che non vennero però riprodotti nella versione finale del testo. Nella nostra analisi, ci focalizzeremo soltanto sulla versione definitiva della legge Mancino. Per una ricostruzione delle principali differenze tra il decreto legge e la legge di conversione si veda: CARLO CITTERIO, *Discriminazione Razziale: Figure di Reato e Oscillazioni del Rigore Punitivo nel Tempo*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO (*Quaderni. Dip. dir. pubblico, int.-Un. PD*), CEDAM, 2006, pp. 150 ss.

⁷² In questo senso *Ibid.* p. 196. Di seguito si riportano le parole della relazione di accompagnamento del decreto legge relative alla volontà del governo di intervenire: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di apportare integrazioni e modifiche alla normativa vigente in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, allo scopo di apprestare più efficaci strumenti di prevenzione e repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza di matrice xenofoba o antisemita [...]».

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell’attuazione della disposizione dell’articolo 4 della convenzione, è punito: a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi [...]»⁷³».

Partendo dalle modifiche al regime sanzionatorio, si nota l’introduzione di una gradualità della risposta punitiva in ragione della diversa gravità condotte. Alla lettera a) rimane vietata la diffusione di idee fondate sulla superiorità o l’odio razziale o etnico, punite con la reclusione fino a tre anni al pari dell’incitamento a commettere – e qui sta la novità di cui si dirà a breve – atti di discriminazione; allo stesso modo viene punita anche la commissione degli stessi. La lettera b) che continua a vietare l’istigazione alla violenza o la commissione di atti violenti o atti di provocazione alla violenza prevede una pena detentiva dai sei mesi ai quattro anni. Un’ulteriore novità riguarda l’introduzione di specifiche pene accessorie⁷⁴.

Passiamo ora alla seconda direzione in cui operò la riforma sintetizzabile in un generale ampliamento della portata della normativa antidiscriminatoria. Tale obiettivo fu perseguito intervenendo su diversi elementi della norma

⁷³ La norma continuava: «[...] 3. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la 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».

⁷⁴ La disciplina era introdotta dall’art. 1-*bis* che recitava come segue: «Con la sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, o per uno dei reati previsti dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962, il tribunale può altresì disporre una o più delle seguenti sanzioni accessorie: a) obbligo di prestare un’attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-*ter*; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un’ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l’espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

mediante l'introduzione dei *motivi*, l'aggiunta dei *motivi religiosi* e l'attribuzione di rilevanza ai singoli atti discriminatori.

Partendo da tale ultima modifica, vediamo che con la novella vengono vietati i singoli atti di discriminazione e non più la discriminazione in generale. In questo modo, secondo gli interpreti, il legislatore avrebbe voluto punire i singoli atti discriminatori senza richiedere che questi sfociassero in violenza, come sarebbe invece avvenuto sotto il vigore della precedente formulazione dell'art. 3. Secondo la norma previgente, infatti, in assenza di singoli atti violenti le azioni discriminatorie avrebbero assunto rilevanza solo qualora, per il loro carattere non isolato, avessero dato luogo cumulativamente a discriminazione. Si è in questo senso affermato che «sotto il precedente regime, era ragionevole richiedere che l'atto istigativo fosse finalizzato alla commissione diffusa di pratiche discriminatorie⁷⁵».

Un ulteriore elemento di novità attiene all'individuazione dei *grounds of discrimination*: la dicitura precedente incentrata sulle ragioni oggettive delle condotte («nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale») venne sostituita dall'introduzione dei «motivi» sottostanti alla discriminazione. Questa scelta, aspramente criticata da parte della dottrina,⁷⁶ implica che i soggetti siano discriminati per i «motivi» specificati dal legislatore: i motivi servono quindi a denotare l'appartenenza delle vittime a un gruppo minoritario e al contempo fungono da criterio discriminatorio che guida la condotta vietata.

In aggiunta alle modifiche appena viste, si deve poi segnalare che il legislatore ampliò ulteriormente l'ambito dell'illiceità facendo riferimento ai *motivi religiosi* (in linea con la normativa per la prevenzione e la repressione del genocidio introdotta con la legge del 9 settembre 1967, n. 962 di cui si parlerà meglio in seguito). Questa estensione però non opera per la prima condotta incriminata, relativa alla *diffusione di idee*.

⁷⁵ CARMELO LEOTTA, *Razzismo* cit. p. 16.

⁷⁶ LUIGI STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Critica del Diritto», 1 (1994), p. 17.

Come abbiamo visto, il riferimento ai *motivi* si permette di punire anche chi rivolga una delle condotte stigmatizzate contro un soggetto indipendentemente dalla sua appartenenza oggettiva a uno dei gruppi individuati secondo i criteri che erano precedentemente espressi. Rileva cioè solo la presenza di uno dei suddetti *motivi* individuati dal legislatore per qualificare la condotta discriminatoria.

Allo stesso tempo, con il venir meno del riferimento dell'appartenenza della vittima a un gruppo, secondo alcuni commentatori si avrebbe un cambio di attenzione prestata da parte del legislatore dalla tutela esclusiva del gruppo in quanto minoritario e perciò vulnerabile, alla tutela dell'individuo, con rilevanti ripercussioni sul bene giuridico oggetto delle norme in questione⁷⁷.

Per completare l'analisi delle modifiche operate dalla c.d. Legge Mancino si deve far menzione dell'aggravante prevista dall'art. 3 della legge n. 205 del 1993. La norma stabilisce che, per i reati per cui è prevista una pena diversa dall'ergastolo, «*commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà*».

Il comma successivo della disposizione vieta poi di considerare eventuali circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dall'art. 98 c.p., come prevalenti o equivalenti, prospettandosi così una circostanza aggravante “rinforzata”.

Avendo così concluso la sommaria trattazione relativa alle novità introdotte dalla riforma del 1993, si passerà nel prossimo paragrafo all'analisi delle modifiche apportate nel 2006 dalla c.d. riforma dei reati d'opinione, attraverso l'articolo 13 della legge del 24 febbraio 2006, n. 85.

⁷⁷ Il tema verrà affrontato dettagliatamente nel prossimo capitolo *infra*, cap. III, § 2.1.

6. La riforma dei reati d'opinione del 2006.

Come accennato, nel 2006 il legislatore intervenne nuovamente sulla legge n. 654 del 1975, come modificata dal decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, e dalla legge di conversione del 25 giugno 1993, n. 205, nell'ambito di un più ampio progetto di riforma dedicato ai c.d. reati di opinione. La novella, attraverso l'art. 13 della legge del 24 febbraio 2006, n. 85, operò in un generale senso restrittivo rispetto alla portata della normativa antidiscriminatoria finora analizzata.

Le novità riguardarono tanto il trattamento sanzionatorio, che venne attenuato, quanto la sostituzione dei termini utilizzati per identificare alcune delle condotte stigmatizzate. Per meglio inquadrare tali modifiche, occorre prima tentare di ricostruire la *ratio* che mosse l'intervento in questione.

Se la legge Mancino era stata frutto della volontà del legislatore di reagire alla crescita allarmante di fenomeni razzisti constatata negli anni '90, per la riforma del 2006 non risulta agevole rinvenire una simile preoccupazione legata a un'emergenza sociale.

Questa difficoltà si spiega anche in ragione dell'eterogeneità delle norme toccate dalla riforma. Anzitutto, infatti la legge è intitolata "*Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione*"; senonché, come si è già avuto modo di osservare⁷⁸ la stessa categoria dei reati di opinione risulta di non agevole individuazione e presenta varie sfumature. A ciò si aggiunge il fatto che l'intervento non aveva avuto ad oggetto esclusivamente reati di opinione ma aveva toccato anche altre categorie di illeciti, come ad esempio i delitti contro la personalità dello Stato.

Ad ogni modo, secondo i promotori, la legge n. 85 del 2006 sarebbe servita a espungere dall'ordinamento, una volta per tutte, i lasciti del regime

⁷⁸ *Supra* p. 53, nota 67.

totalitario fascista, espressi nelle numerose norme del Codice penale limitative della libertà d'espressione; in questo senso, si dichiarava di voler riaffermare gli ideali democratici garantiti dalla Costituzione in particolare agli artt. 21 e 18. La fragilità di una simile giustificazione risulta però evidente ove solo si consideri che i reati previsti dall'art. 3 legge n. 654 del 1975 non sono riconducibili al periodo fascista quanto piuttosto ad un *input* proveniente dalle fonti internazionali analizzate in apertura del capitolo⁷⁹.

Benché la riforma si mosse effettivamente nel senso generale di eliminare alcune delle norme repressive della manifestazione di pensiero o di limitarne la portata, la distanza tra gli obiettivi dichiarati e gli effetti sortiti fu da subito evidenziata da parte della dottrina⁸⁰.

Facendo riferimento ai lavori preparatori poi, e in particolare ad alcuni interventi in sede di discussione parlamentare, non è mancato chi,⁸¹ pur condividendo la finalità di favorire la libertà di espressione in ossequio ai principi democratici-repubblicani, sottolineò come la concreta realizzazione della riforma fosse destinata a non conseguire i risultati attesi e anzi avesse un carattere estremamente asistemico e disorganizzato, frutto per certi versi di un opportunismo politico più che della volontà di rispondere a un'esigenza della collettività.

Nemmeno in dottrina mancò chi ricondusse le modifiche apportate alla normativa antidiscriminatoria alla volontà di risolvere le vertenze giudiziarie che

⁷⁹ Nel senso di sottolineare la distanza ideale tra i reati d'opinione tradizionalmente intesi e le norme antidiscriminatorie in analisi si veda: SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, Giappichelli, 2024, p. 86. Si riporta in tal senso il pensiero dell'autrice che, anticipando parte della trattazione che avverrà nel prosieguo di questo capitolo, afferma: «le attuali figure di *hate speech*, votate alla tutela della dignità umana contro ogni forma di discriminazione, si distanziano idealmente dalle figure più risalenti di reato d'opinione, in cui l'incriminazione finiva per rappresentare uno strumento funzionale alla repressione del dissenso politico: un obiettivo, cioè, in aperto contrasto con i valori democratici dell'inclusione, del pluralismo e della promozione delle differenze cui l'art. 604-bis c.p. sembrerebbe invece ispirarsi».

⁸⁰ Si faccia ad esempio riferimento a: DOMENICO PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, in «Corriere giuridico», 23 (2006), 6, pp. 745–746.

⁸¹ Si rimanda a titolo esemplificativo al “Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 645 del 27/6/2005 della Camera dei Deputati” p. 15 e all'intervento del Deputato Annunziata, dell'allora gruppo Democrazia è Libertà - La Margherita reperibile su: https://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/framevar.asp?sedpag=Sed645/s040.htm | Titolo5%208.

riguardavano alcuni membri del partito promotore⁸². Ciò fu argomentato valorizzando le difficoltà nel rinvenire un senso alternativo alle modifiche⁸³ che ci apprestiamo ad analizzare, che, come già sottolineato, non sono completamente in linea con il resto della novella, ad eccezione di una generale volontà di ampliare la tutela della libertà d'espressione.

Venendo ora alle novità introdotte dall'art. 13 della legge n. 85 del 2006 nell'art. 3 legge n. 654 del 1975, queste si mossero su due direttive, relative all'attenuazione della risposta sanzionatoria e alla modifica delle espressioni usate per descrivere le condotte stigmatizzate.

Per quanto riguarda il primo ambito di intervento, si assiste a un abbattimento della sanzione prevista alla lettera a) del comma 1, dell'art. 3, che passò dal disporre esclusivamente la reclusione fino a tre anni, a prevedere l'alternativa tra la reclusione fino a un massimo di un anno e sei mesi e una multa fino a 6000 euro.

Il secondo ambito di intervento riguardò invece la modifica testuale dei verbi utilizzati per descrivere alcune delle condotte incriminate. Anzitutto, tanto alla lettera a) quanto alla lettera b) del primo comma l'*incitamento* all'odio, la violenza o la discriminazione venne sostituito con l'*istigazione*. In secondo luogo, la *diffusione di idee in qualsiasi modo* di odio o superiorità razziale, sempre alla lettera a) venne sostituita dalla *propaganda* delle stesse.

Mentre per la prima delle due modifiche testuali, fin da subito, non vi furono particolari dubbi interpretativi, essendo generalmente condivisa l'idea che, di fronte a una prassi giurisprudenziale che già intendeva l'incitamento

⁸² DOMENICO PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, cit p. 746.; nello stesso senso COSTANTINO VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in «Il Foro Italiano», 129 (2006), 6, pp. 223-224. Che in particolare sostiene si tratti di «[...] una riforma priva di una strategia di fondo, piena zeppa di incongruenze sistematiche, in cui verosimilmente l'unica linea politica che sembrerebbe aver realmente dominato è quella di prestare un riparo indulgenzialista a ben specifiche vicende giudiziarie».

⁸³ Altri commentatori si sono invece limitati a ricondurre la scelta del legislatore ad una generale volontà di assopire le critiche rispetto all'assetto delle disposizioni antidiscriminatorie. In questo senso: FRANCESCA SALOTTO, *Reato di Propaganda Razziale e Modifiche ai Reati d'Opinione (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85)*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO (*Quaderni. Dip. dir. pubblico, int.-Un. PD*), CEDAM, 2006, p. 170.

rilevante come un'istigazione, la modifica normativa fosse di poco rilievo⁸⁴, un maggiore dibattito si produsse attorno all'introduzione del termine *propaganda*.

Limitandoci ad alcune brevi considerazioni, si può affermare che attorno alla portata della modifica si formarono due orientamenti principali.

Secondo un primo indirizzo⁸⁵, la sostituzione della condotta di *diffusione di idee in qualsiasi modo* con quella di *propaganda* avrebbe comportato una concreta restrizione dell'area di illiceità penale, richiedendo la propaganda un *quid pluris* rispetto alla mera diffusione. Questo elemento aggiuntivo sarebbe consistito nella capacità della condotta espressiva di far presa sulla psiche degli ascoltatori e potenzialmente influenzarne il comportamento.

In base al secondo orientamento⁸⁶ invece, a dispetto della differenza semantica tra le due espressioni di *diffusione di idee* e *propaganda* – la seconda dotata di una maggior capacità selettiva – la portata reale della modifica sarebbe stata pressoché nulla. Infatti, si osservava che, al fine di evitare un *deficit* di offensività, la prassi giurisprudenziale – ma anche dottrinale – già subordinava l'integrazione della diffusione in via interpretativa, a un *quid pluris* di potenziale condizionamento psicologico tipico della propaganda.

Sull'interpretazione della fattispecie e sull'individuazione dell'ambito penalmente rilevante si dirà meglio in seguito, per ora sia sufficiente osservare che l'intervento del 2006 novellò il testo dell'art 3 della legge n. 654 del 1975 modificando le condotte incriminate e alleggerendo il regime sanzionatorio.

In conclusione, è bene sottolineare⁸⁷ che questa riforma ebbe un pessimo tempismo rispetto all'intervento della Decisione Quadro 2008/913/GAI che sarebbe avvenuto di lì a due anni, ma che si attendeva da tempo essendo già

⁸⁴ Secondo alcuni interpreti invece la riforma avrebbe finalmente rimosso l'ambiguità interpretativa relativa alla sostanziale identità tra il termine "incitare" e "istigare". In questo senso: CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, op. cit. p. 22.

⁸⁵ Per questo primo orientamento si faccia riferimento a: LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 203; che a sua volta richiama: CARLO CITTERIO, *Discriminazione Razziale*. in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso* a cura di SILVIO RIONDATO, cit. pp. 147–166.

⁸⁶ ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» (2007), pp. 689–738; CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p.22.

⁸⁷ LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 203.

stata annunciata. Il senso di questa incompatibilità verrà spiegato nel prossimo paragrafo dove, recuperando momentaneamente l'altro binario della nostra trattazione, ci sposteremo sul piano sovranazionale, analizzando l'apporto della Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio europeo, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

7. Il contesto europeo: il lungo percorso verso la Decisione Quadro 2008/913/GAI.

In questo paragrafo tratteremo della Decisione Quadro 2008/913/GAI per la repressione di talune forme di razzismo e xenofobia del 28 novembre 2008. Per fornire un quadro quanto più completo delle fonti che hanno condizionato la normativa interna si deve invero allargare l'ambito d'indagine dal versante nazionale a quello sovranazionale dell'Unione Europea.

L'impegno antidiscriminatorio, lungi da costituire una preoccupazione limitata a livello internazionale o nazionale, interessò, nel secondo Novecento, anche livelli intermedi, come quello dell'Unione Europea.

Il processo che portò all'adozione del testo oggetto della nostra indagine trova le sue fondamenta in un impegno da parte delle istituzioni europee e dei governi nazionali che risale già agli anni '80⁸⁸ del Novecento e si intensificò negli anni '90, in particolar modo in seno Consiglio europeo. Tale percorso fu piuttosto lungo e travagliato per via dell'importanza e delicatezza dei temi affrontati.

Nel dettaglio, la volontà di trovare una linea comune all'interno degli Stati

⁸⁸ Al 4 giugno 1986 ad esempio risale una Dichiarazione formale del Parlamento europeo in cui, presa coscienza dell'aumento dell'intolleranza razzista a cui si stava assistendo nel territorio europeo, si dichiarava l'impegno delle istituzioni comunitarie nella lotta al razzismo al fine di favorire la tolleranza come valore di integrazione, e come presupposto necessario per il godimento dei diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati comunitari. 'Dichiarazione contro il razzismo e la xenofobia' (1986) *Gazzetta ufficiale* C 158, 1-3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41986X0625>.

membri per la lotta ai fenomeni razzisti e xenofobi si scontrò, non solo con il problema della limitazione, attraverso il diritto penale, della libertà d'espressione, ma anche con la difficoltà di trovare un equilibrio compromissorio, nell'apporre questi limiti, che fosse condiviso da tutti gli Stati in ragione del proprio sistema penale, assetto costituzionale e cultura. Alle specifiche problematiche inerenti alla repressione dei discorsi d'odio si affianca così un aspetto caratteristico di tutti i processi di integrazione e armonizzazione a livello europeo.

Al fine di procedere con ordine, anticipate alcune delle ragioni del lungo e travagliato *iter* legislativo che portò all'adozione del testo definitivo, occorre ripercorrerne brevemente le tappe più importanti.

L'interesse degli Stati membri nel trovare una linea comune per la lotta ai fenomeni razzisti e xenofobi può essere ricondotto, in particolare, al 1994 e al 1996, quando vennero pronunciate alcune importanti dichiarazioni in seno ai Consigli di Corfù⁸⁹ e di Essen. Di speciale rilievo è il primo, nel quale si sottolineò l'impegno intergovernamentale nella lotta a questa tipologia di discriminazioni con l'istituzione di una commissione speciale, con mansioni consultive e di raccolta ed elaborazione dati.

Questo tipo di studi promossi dal Consiglio furono funzionali all'elaborazione di una strategia di intervento più incisiva: si giunse così nel successivo Consiglio di Essen (1996), all'adozione dell'Azione Comune n. 443 (GAI), la quale costituiva l'antecedente della Decisione Quadro. Senza soffermarsi su una trattazione analitica del documento, preme sottolinearne però i punti più rilevanti insieme agli obiettivi perseguiti dal Consiglio e dagli Stati membri.

Partendo da questo ultimo aspetto, l'obiettivo dell'Azione Comune era duplice. Da un lato l'iniziativa mirava all'avvicinamento delle legislazioni penali

⁸⁹ Le conclusioni del Consiglio Europeo di Corfù, svoltosi tra il 24 e il 25 giugno 1994 sono reperibili su: https://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_it.htm.

degli Stati membri, questo risultato era ritenuto funzionale ad eliminare eventuali zone di impunità, dovute alle disparità degli assetti sanzionatori, che potessero essere sfruttate dagli autori di reato spostandosi da un ordinamento all'altro. Dall'altro lato, l'iniziativa del Consiglio perseguiva l'intensificazione e il miglioramento della collaborazione e cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Tale ultima finalità era vista come fondamentale al raggiungimento degli obiettivi di integrazione europea attraverso la creazione di uno spazio dove potessero essere esercitate le c.d. quattro libertà fondamentali dell'Unione⁹⁰.

La creazione di un mercato comune, per essere effettiva, richiedeva infatti che in questo spazio venisse "garantita" la sicurezza e la coesione sociale attraverso la repressione dei fenomeni di razzismo violento. A un simile livello di stabilità sociale era inoltre legata la possibilità di godere di tutti gli altri diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione⁹¹.

Passando brevemente ai contenuti dell'Azione Comune, l'armonizzazione passava attraverso la previsione di incriminazioni di fenomeni discriminatori dai confini molto ampi e non ben definiti, caratterizzate da un chiaro intento repressivo⁹². Allo stesso tempo, come anticipato, si richiedeva

⁹⁰ Si fa riferimento alla libertà di circolazione di merci, capitali, persone e servizi, fruibili a tutti i cittadini europei nel mercato comune.

⁹¹ Questo nesso funzionale viene ad esempio ribadito anche nella Risoluzione del 22 luglio del 1996, di pochi giorni successiva all'Azione comune del 15 luglio, emanata in previsione della dichiarazione dell'anno Europeo contro il razzismo del 1997. Nella Risoluzione i considerando 5 e 9 riaffermano il legame tra la lotta al razzismo e gli obiettivi strategici dell'Unione dell'integrazione sociale, della creazione di un mercato unico e di uno spazio geopolitico dove le c.d. quattro libertà possano avere pieno sviluppo. In particolare il considerando n. 5 recita: «considerando che il persistere degli atteggiamenti razzisti e xenofobi pregiudica la coesione economica e sociale dell'Unione europea [...]»; il considerando n. 9: «considerando che esiste nondimeno una dimensione sostanzialmente europea del problema e che gli scambi di informazioni e di esperienze, nonché la cooperazione e la consultazione sulle misure adottate contro il razzismo e la xenofobia, tra la Commissione, gli Stati membri ed i rappresentanti degli organismi impegnati nella lotta contro il razzismo sono fondamentali per la promozione delle solidarietà all'interno della Comunità».

⁹² Per maggiore chiarezza espositiva si riporta in seguito il testo dell'art. A, contenente le incriminazioni obbligatorie per gli Stati membri «Per facilitare la lotta contro il razzismo e la xenofobia ciascuno Stato membro si impegna, secondo la procedura prevista al titolo II, ad assicurare un'effettiva cooperazione giudiziaria per quanto riguarda i reati basati sui seguenti comportamenti e, se necessario ai fini di detta cooperazione, o a fare in modo che tali comportamenti siano passibili di sanzioni penali o, in mancanza di tali sanzioni e in attesa dell'eventuale adozione delle disposizioni necessarie, a derogare al principio della duplice imputazione per tali comportamenti:

a) l'istigazione pubblica alla discriminazione, alla violenza ed all'odio razziale nei confronti di un gruppo di

agli Stati membri un particolare impegno di collaborazione sul piano delle attività di polizia, nella repressione dei fenomeni razzisti, perseguendo l'obiettivo di una migliore cooperazione giudiziaria.

L'anno seguente all'entrata in vigore di questo testo fu importante per la successiva adozione della Decisione Quadro per due motivi: il primo, principalmente simbolico, ma significativo dell'impegno istituzionale e personale dei singoli Stati membri nella lotta contro le discriminazioni razziste e xenofobe, fu l'istituzione del 1997 come anno contro il razzismo; il secondo fu l'adozione del Trattato di Amsterdam che contribuì a riordinare i presupposti normativi e la competenza dell'Unione per intervenire in maniera più incisiva sui fenomeni razzisti attraverso il diritto penale⁹³.

Su queste premesse, che da un lato fortificarono le basi di legittimazione legislativa dell'Unione e dall'altro ribadirono l'importanza di un intervento nel settore della lotta alle discriminazioni, nel 2001 si arrivò finalmente alla prima proposta per una Decisione Quadro sulla lotta alle discriminazioni razziste e xenofobe attraverso il diritto penale. Così fornito il contesto dell'iniziativa del

persone o di un membro di tale gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica;

b) l'apologia pubblica, a fini razzisti o xenofobi, dei crimini contro l'umanità, e delle violazioni dei diritti dell'uomo;

c) la negazione pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 aprile 1945, qualora comprenda un comportamento sprezzante e degradante nei confronti di un gruppo di persone definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica;

d) la diffusione e la distribuzione pubbliche di scritti, immagini o altri mezzi che contengono espressioni razziste o xenofobe;

e) la partecipazione ad attività di gruppi, organizzazioni o associazioni che implicano discriminazione, violenza e odio razziale, etnico o religioso».

⁹³ Si fa riferimento al nuovo art. 13 (*ex* art 6.a) del Trattato di Amsterdam che prevede: «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Nonché alle modifiche apportate al Titolo IV del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, che, in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale dispone all'art. K.1: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia [...]».

legislatore europeo, nel prossimo paragrafo ci occuperemo dell'adozione della Decisione Quadro, dell'analisi dei suoi contenuti e della prima implementazione nel nostro ordinamento.

7.1 (Segue) L'approdo alla Decisione Quadro 2008/913/GAI e la recezione italiana.

La finalità della prima proposta di Decisione Quadro era la stessa della precedente Azione Comune 96/443/GAI: poiché questa, come riconosciuto nei “considerando” 3 e 4 del nuovo testo, non aveva raggiunto gli obiettivi di armonizzazione auspicati, veniva richiesto un nuovo intervento. Questo obiettivo veniva perseguito prevedendo un obbligo di incriminazione molto esteso, rivelatore del carattere ambizioso del nuovo testo. In particolare, l'art. 4, intitolato “Reati a sfondo razzista e xenofobo”, oltre alle già conosciute ipotesi di istigazione all'odio razziale, richiedeva che venisse punito chiunque proferisse «*in pubblico insulti e minacce in un intento razzista o xenofobo*».

Tuttavia, le difficoltà nel trovare un compromesso condiviso da tutti gli Stati membri fecero sì che la proposta non venisse approvata quando venne presentata nel dicembre 2003.

Si dovette così attendere fino al 2005 perché i lavori riprendessero e approdassero alla versione definitiva della decisione, approvata il 28 novembre 2008. Il testo finale⁹⁴ della Decisione Quadro fu senz'altro frutto di un compromesso che emerge già dalla denominazione della Decisione “sulla lotta contro *talune* forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”⁹⁵. Come si vede, l'ambito di intervento della normativa venne infatti ridimensionato e limitato soltanto a *talune* forme ed espressioni razziste.

⁹⁴ Per un esame approfondito delle differenze tra la prima proposta e il testo finale della Decisione si veda: CHIARA MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in «Diritto penale e processo» (maggio 2009), pp. 644 ss.

⁹⁵ In questo senso: *Ibid.* p. 646.

Sintetizzando il contenuto degli obblighi di incriminazione di cui all'art. 1⁹⁶, si prevede che costituiscano illeciti penali le seguenti condotte:

«a) il pubblico incitamento alla violenza o all'odio rivolto contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito sulla base della razza, del colore, la religione, l'ascendenza, la religione o il credo o l'origine nazionale o etnica;

b) il reato di cui sopra commesso mediante diffusione e distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;

c) e d) 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) e i crimini di cui all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, 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 stabilì inoltre che gli Stati membri sprovvisti delle incriminazioni richieste, nelle more dell'adozione della normativa necessaria, derogassero al

⁹⁶ Il contenuto della Decisione Quadro viene così descritto nel documento di sintesi disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/framework-decision-on-combating-certain-forms-and-expressions-of-racism-and-xenophobia-by-means-of-criminal-law.html>.

Per maggiore completezza espositiva si riporta in seguito l'intero testo dell'art. 1:

«Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili:

a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica;

b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;

c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, 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;

d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, 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

2. Ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi.

3. Ai fini del paragrafo 1, il riferimento alla religione è diretto a comprendere almeno i comportamenti usati come pretesto per compiere atti contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica. 4. All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

principio della doppia incriminazione per permettere agli Stati in cui tali fattispecie già esistevano di perseguire gli autori anche nel proprio territorio, potendo chiedere ad esempio l'extradizione. Nel testo definitivo scomparve la definizione unitaria di razzismo e xenofobia che era invece presente nella proposta del 2001, fatto che venne sottolineato dai commentatori come indice ulteriore dello spirito di compromesso che animò la versione definitiva dell'atto⁹⁷.

Al fine di perseguire un avvicinamento tra le legislazioni nazionali che fosse a sua volta funzionale a una migliore repressione dei fenomeni discriminatori, si stabiliva⁹⁸ all'art. 3 §1 che per le offese elencate all'art. 1 appena visto, fossero previste delle «*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*». Allo stesso tempo venivano fissati dei parametri edittali nell'art. 3 §2 secondo i quali la pena detentiva massima dovesse raggiungere almeno un anno. Contemporaneamente, però, nel testo dell'atto ci si premurava di sottolineare l'impegno a rispettare la libertà di espressione, in particolare richiamando la CEDU, «*segnatamente [...] gli articoli 10 e 11*»⁹⁹, nonché l'art. 6 del TEU e in generale la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Esaminati fin qui gli obblighi imposti dalla Decisione, occorre sottolineare alcuni elementi relativi all'implementazione interna. Al momento dell'approvazione agli Stati membri era stato concesso fino al 28 novembre 2010 per conformarsi alla Decisione, dall'art. 10, §1. Nel testo stesso dell'atto, tuttavia, erano state previste delle possibili deroghe alla piena implementazione delle disposizioni. In particolare, l'art. 1 stabiliva infatti due ipotesi. La prima era indicata dal §2:

⁹⁷ TERESA MARIA MOSCHETTA, *la Decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?* in «GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente» XII (2014), p. 22.

⁹⁸ Per completezza occorre menzionare che l'art. 2 della decisione prevedeva che venisse punita l'istigazione e la "complicità" nei reati previsti all'art. 1. La disposizione non assume particolare rilevanza in quanto le ipotesi previste sono già contemplate dalle disposizioni di parte generale del codice penale. Ulteriore apporto della Decisione quadro riguarda poi la responsabilità delle persone giuridiche per i reati previsti all'art. 1.

⁹⁹ Si fa qui riferimento al considerando n. 14 della Decisione.

«[...]2. *Ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi [...]*».

Si stabiliva in questo modo la possibilità di subordinare la punibilità dei comportamenti elencati nel primo paragrafo dell'articolo, alla loro attitudine a turbare l'ordine pubblico ovvero al carattere di minacciosità, offensività o ingiuriosità¹⁰⁰.

La seconda ipotesi era invece prevista nel quarto paragrafo dell'art. 1:

«4. All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

Si permetteva in questo modo agli Stati membri di subordinare la punibilità dei comportamenti di cui alle lettere c) e d) dell'art. 1 alla presenza di un accertamento, rispetto all'avvenuto genocidio o crimine di guerra o contro l'umanità, in una sentenza passata in giudicato in un tribunale internazionale o nazionale.

Queste deroghe, frutto di uno spirito compromissorio necessario per il raggiungimento di un accordo sulla versione finale dell'atto, depotenziavano in partenza la portata armonizzatrice della Decisione.

Anche per questa ragione, all'indomani dell'approvazione dell'atto vari interpreti si interrogarono sul compito di adeguamento che sarebbe spettato al nostro legislatore per rispettare gli obblighi di criminalizzazione.

Da parte sua l'Italia era già provvista, come abbiamo visto in questo

¹⁰⁰ In particolare, per questa seconda ipotesi gli aggettivi individuati ricalcano le osservazioni disposte dal Regno Unito in fase redazionale, nella stesura della prima proposta di Decisione Quadro, nel 2001, che a loro volta ricalcavano la normativa interna britannica ossia il *Public Order Act* del 1986. In questo senso: LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p.35

capitolo, di norme che incriminavano la propaganda e l'istigazione all'odio razziale. Tuttavia, dopo che la riforma del 2006 aveva sostituito il concetto di *diffusione in qualsiasi modo* di idee di superiorità razziale con la *propaganda*, alcuni commentatori¹⁰¹ si erano chiesti se la nuova dicitura fosse potenzialmente problematica per il rispetto degli obblighi di incriminazione imposti dalla Decisione Quadro. In particolare, in riferimento alla lettera b) paragrafo 1 dell'art. 1 della Decisione Quadro 2008/913/GAI, si sottolineò¹⁰² che la previsione esclusiva di condotte di *propaganda* poteva essere interpretata come richiedente una capacità di provocare l'adesione del destinatario alle idee stesse. In questo modo, secondo l'interpretazione in esame, la norma non sarebbe stata in grado di coprire le ipotesi di istigazione pubblica alla violenza o all'odio mediante la «*diffusione e distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale*» a cui si sarebbe invece meglio adattata la *diffusione in qualsiasi modo* prevista dalla precedente versione dell'art. 3 legge n. 654 del 1975. Un rilievo di tale natura fu infatti operato dalla Commissione europea in sede di monitoraggio della corretta recezione della Decisione Quadro da parte degli Stati membri¹⁰³.

Un ulteriore profilo problematico, che era stato sottolineato dagli interpreti già all'indomani dell'approvazione della Decisione, riguarda il trattamento sanzionatorio¹⁰⁴. La Decisione Quadro infatti prevedeva, come già visto, all'art. 3 §2, esclusivamente la sanzione detentiva, fissando il minimo per la pena massima per i reati previsti dall'art. 1 nella reclusione non inferiore a un anno. La novella del 2006 tuttavia aveva predisposto l'alternatività della pena tra la reclusione fino ad un anno e sei mesi e la pena pecuniaria di una multa fino a 6000 euro per la propaganda e l'istigazione all'odio razziale e alla

¹⁰¹ TERESA MARIA MOSCHETTA, *la Decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, cit. p. 44.

¹⁰² LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 203.

¹⁰³ Come riportato dalla Scheda di Lettura del Senato sulla Legge Europea 2017, pp. 25 ss., reperibile al seguente link: <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ID0028b.pdf>

¹⁰⁴ In questo senso si veda: CHIARA MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, cit. p. 653.

discriminazione. La previsione della sola pena pecuniaria in alternativa a quella detentiva per queste ipotesi di reato male si confaceva agli obiettivi di uniformità, anche sanzionatoria, nonché ai dettami di efficacia, persuasività e proporzionalità come interpretati dalla Decisione Quadro.

Prima di proseguire con la trattazione delle opere di implementazione della Decisione Quadro da parte del nostro legislatore occorre soffermarsi su alcuni aspetti relativi ai reati oggetto della Decisione stessa.

Fin qui si è parlato principalmente di ipotesi di discriminazione relative a condotte di istigazione e di propaganda all'odio razziale. Da questa macrocategoria, però, da tempo sono state scorporate ipotesi di apologia, istigazione e negazionismo, principalmente relative a genocidi.

Questa ulteriore tipologia di fenomeni discriminatori non è stata trattata in maniera approfondita per via del suo carattere di *species* rispetto al *genus* dell'istigazione e della propaganda all'odio razziale, etnico, religioso. D'altra parte, nel nostro ordinamento le ipotesi di criminalizzazione, ad esempio, di apologia di genocidio sono state introdotte da interventi settoriali principalmente volti a combattere il crimine di genocidio.

A questo punto della trattazione, però, per comprendere le conseguenze della Decisione Quadro nel nostro sistema e poter poi trarre un bilancio complessivo delle incriminazioni rilevanti per il tema oggetto del nostro lavoro, occorre svolgere una digressione sul negazionismo e sull'apologia di genocidio nella sezione seguente.

7.2 (Segue) L'apologia e il negazionismo: l'aggravante di negazionismo nella legge del 16 giugno 2016, n. 115 e la legge europea 2017.

Come anticipato, un ulteriore ambito di tensione tra la Decisione Quadro e la normativa interna si era creato grazie alla previsione delle lettere c) e d) dell'art. 1, §1 della Decisione.

L'articolo prevedeva infatti che venissero vietate tanto l'apologia e l'istigazione del genocidio dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, come definiti dalla rilevante normativa internazionale, quanto la loro negazione o minimizzazione grossolana. Il problema per il legislatore interno nel conformarsi a questi obblighi era pertanto di duplice natura.

In primo luogo, al momento dell'entrata in vigore della Decisione la normativa italiana puniva esclusivamente l'apologia di genocidio, senza far riferimento alle ulteriori e più ampie ipotesi di crimini di guerra e crimini contro l'umanità, come definiti dalla rilevante normativa internazionale (richiamata alle lettere c) e d) dell'art. 1, §1, della Decisione Quadro). In secondo luogo, oltre all'apologia pubblica non erano previste ipotesi di negazione o di minimizzazione grossolana.

Per chiarire il senso di questi rilievi occorre ricordare i contenuti della normativa italiana in materia, cioè l'art. 8¹⁰⁵ della legge del 9 ottobre 1967, n. 962, intitolata "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio" che recepiva nell'ordinamento la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio adottata il 9 dicembre 1948.

La norma, nella versione allora vigente stabiliva:

«Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente».

Come si vede, venivano punite l'istigazione al genocidio e anche la sua apologia. Il primo intervento del legislatore nazionale, successivo all'entrata in

¹⁰⁵ Legge 9 ottobre 1967, n. 962 Prevenzione e repressione del delitto di genocidio. (GU Serie Generale n.272 del 30-10-1967). La legge agli art. 1-5 prevede una serie di condotte volte ad eliminare e distruggere interi gruppi nazionali, etnici, razziali o religiosi. In particolare, si prevede il divieto di condotte quali il provocare «[...]la morte o lesioni personali gravi o gravissime; la deportazione a fini di genocidio; il genocidio, rispettivamente, mediante limitazione delle nascite o sottrazione di minori; chi costringe persone appartenenti ad un gruppo nazionale etnico, razziale o religioso, a portare marchi o segni distintivi indicanti la appartenenza al gruppo; l'accordo per commettere genocidio» così come riportato in sintesi nella Scheda di Lettura del Senato sulla Legge Europea 2017 p. 33.

vigore della Decisione Quadro e allo scadere del termine per la recezione, fissato come si è detto al 28 novembre 2010, si ebbe con la legge del 16 giugno 2016, n. 115, “modifica all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

L’art. 1 aggiunse il comma 3-*bis* all’art 3 della legge n. 654 del 1975, come modificata dai successivi interventi, che prevedeva un’aggravante formulata così:

«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 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, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

Questa modifica, tuttavia, non fu sufficiente: già l’anno successivo il legislatore dovette intervenire nuovamente a seguito dell’avvio di una richiesta informale di cooperazione prodromica a una vera e propria procedura di infrazione, da parte della Commissione europea, che aveva ritenuto non soddisfacenti gli sforzi di recezione operati dall’Italia, nel Caso EU-Pilot 8184/15/JUST.

Si lamentava infatti in questa sede come il nostro legislatore non avesse previsto le ipotesi di minimizzazione grossolana e apologia relative anche ai crimini di guerra e ai crimini contro l’umanità. A dire il vero, come già menzionato, l’art. 8 della legge n. 962 del 1967 già prevedeva la proibizione della *pubblica apologia* di genocidio, ma la Commissione aveva ritenuto la norma insufficiente, proprio per l’assenza di una criminalizzazione dell’apologia in generale e l’omessa menzione tra le condotte del negazionismo e della

minimizzazione grossolana¹⁰⁶.

Il legislatore italiano, pertanto, intervenne nuovamente con la c.d. Legge europea 2017 (legge 20 novembre 2017, n. 167 recante “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea”), modificando con l’art. 5 il testo dell’art. 3 della legge n. 654 del 1975, inserendo l’ipotesi di *minimizzazione in modo grave* e di *apologia*¹⁰⁷.

Ulteriori modifiche dettate dai rilievi operati nel caso EU-Pilot 8184/15/JUST riguardarono la responsabilità da reato degli enti. In sede di riforma si decise infatti l’inserimento delle fattispecie di cui all’art. 3 legge n. 654 del 1975 tra i reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti *ex* decreto legislativo del 8 giugno 2001, n. 231. Compiendo questa operazione, il legislatore italiano cercava di uniformarsi all’art. 6 della Decisione Quadro che prevedeva l’obbligo per gli Stati firmatari di introdurre la possibilità di sanzionare le persone giuridiche: «[...] *ritenute responsabili ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 1*».

Per concludere, da un lato la natura compromissoria di questo intervento sovranazionale, dall’altro la scarsa reattività di molti ordinamenti, tra cui quello italiano, nel recepire gli obblighi imposti dall’atto, fecero sì che l’impatto della Decisione Quadro fosse più limitato rispetto alle ambizioni di armonizzazione e avvicinamento delle normative nazionali degli Stati membri. Nonostante ciò, però, l’*input* fornito da questo intervento e dalle successive attività di monitoraggio svolte dal Consiglio Europeo e della Commissione fornirono sicuramente spunti ai legislatori nazionali per tentare di trovare, sempre di più, una risposta comune a queste tipologie di condotte discriminatorie.

¹⁰⁶ In questo senso la Scheda di Lettura del Senato sulla Legge Europea 2017, p. 29. Il documento riporta le osservazioni svolte dalla Commissione europea nella procedura EU-Pilot 8184/15/JUST.

¹⁰⁷ Il nuovo comma 3-*bis* dell’art. 3 recitava ora così: « 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».

Il passaggio finale per arrivare alla formulazione odierna della normativa contro l'incitamento e la propaganda all'odio e alla discriminazione avvenne nel 2018 con l'introduzione nel codice penale degli artt. 604-*bis* e 604-*ter*, di cui ci occuperemo nel paragrafo seguente. La trattazione di queste norme non esaurisce però la nostra indagine. Una volta conclusa la ricostruzione della normativa interna, occorrerà nuovamente guardare al versante sovranazionale, questa volta coincidente con l'Europa geografica per valutare il ruolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella lotta ai discorsi d'odio e trarre le nostre valutazioni conclusive.

8. La riserva di codice del 2018 e l'odierna normativa interna.

Nel 2018 si attuò il c.d. principio di riserva di codice¹⁰⁸, che portò tra gli altri risultati all'attuale formulazione dei delitti di propaganda e istigazione all'odio e alla violenza razziale, etnico, religiosa, di cui ci siamo finora occupati, operando una traslazione delle fattispecie previste dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975, e della circostanza aggravante di cui all'art. 3 del decreto legge n. 122 del 1993 all'interno del codice penale.

Il principio di riserva di codice venne sancito dal decreto legislativo 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione della legge delega del 23 giugno 2017, n. 103, la c.d. legge "Orlando". La riserva di codice era volta a favorire una maggiore conoscenza del precetto penale, in modo da rendere più facilmente reperibili le fattispecie. Con questo intervento di riforma si traslavano alcune norme all'interno del codice penale e si stabiliva al contempo che ogni nuova incriminazione dovesse essere contenuta in una legge che disciplinasse l'intera materia di afferenza (un c.d. testo unico) ovvero andasse inserita all'interno del codice penale.

¹⁰⁸ Per una panoramica generale delle modifiche al codice penale SILVIA BERNARDI, *Il nuovo principio della «riserva di codice» e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, Diritto Penale Contemporaneo (2018), 4, pp. 127 ss.

Questo principio viene enunciato formalmente dal nuovo art. 3-*bis* c.p. nei seguenti termini: «*Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*».

Si voleva in questo modo restituire una maggiore razionalità al diritto penale, arginando la proliferazione di nuove incriminazioni esterne al codice e la dispersione delle stesse in numerosissime leggi. D'altra parte, dall'art. 1, comma 85, lettera q) della legge delega, emergeva da subito la consapevolezza del legislatore delegante che l'attuazione del principio di riserva di codice avrebbe potuto essere solo "tendenziale", risultando impossibile inserire tutte le fattispecie all'interno del codice. Inoltre, non si prevedeva la possibilità per il legislatore delegato di procedere a modifiche di alcun tipo sulle fattispecie coinvolte. Per quanto riguarda poi il criterio selettivo per le norme da includere nel codice, questo era di duplice natura. Da un lato si prevedeva «*l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano o diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettivo, della sicurezza pubblico e dell'ordine pubblico [...]*¹⁰⁹». Dall'altro si escludevano invece le disposizioni che avessero già una collocazione organica all'interno di una legge, in stretto collegamento con le altre disposizioni ivi comprese¹¹⁰.

Sulla base di questi parametri, quindi, le disposizioni di cui all'art. 3 della legge n. 654 del 1975 e successive modifiche vennero inserite nella nuova

¹⁰⁹ Così emerge dal testo della analisi tecnico-normativa e dallo schema di decreto legislativo recante "disposizioni di attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale" del d.lgs. del 1° marzo 2018, n. 21, p. 1, consultabile su: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0466_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none

¹¹⁰ Si fa riferimento alla Relazione Tecnica del d.lgs. del 1° marzo 2018, n. 21, p. 14, consultabile su: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0466_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none

Sezione I-*bis*, del Capo III del Titolo XII, dedicata ai “delitti contro l’uguaglianza”. Come si avrà modo di vedere, la denominazione della nuova apposita sezione assumerà rilevanza interpretativa nella discussione sul bene giuridico.

Il nuovo articolo 604-*bis* c.p., denominato “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”, dispone ora ai commi 1 e 3¹¹¹:

«1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

[...] 3. 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’aggravante, che era stata introdotta nel 1993 dall’art. 3 della legge n. 205 del 1993, fu invece trasposta in un autonomo articolo, il 604-*ter* c.p., che recita:

«1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell’ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l’attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

¹¹¹ Il comma 2 prevede invece che: «È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la 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».

2. *Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».*

Rispetto alla disposizione in questione occorre fare una breve digressione. Questa aggravante, nell'ambito della repressione dei discorsi d'odio, ha assunto particolare rilievo, nella prassi applicativa, quando combinata con una fattispecie di reato che si è finora tralasciata: la diffamazione di cui all'art. 595 c.p.¹¹²

Limitandoci in questa sede ad alcune brevi osservazioni, si può notare nel caso in esame, come la repressione dei discorsi d'odio sia realizzata non da una sola norma come avviene nell'art 604-*bis*, ma attraverso la combinazione dell'art. 595 c.p. e l'art. 604-*ter*.

In altri termini, a una condotta comunicativa sussunta nella diffamazione si affianca l'aggravante delle finalità discriminatorie sopra descritta. Questa aggiunta completa il significato della condotta con l'intento discriminatorio legato all'appartenenza della vittima a un gruppo: tale elemento, come si è illustrato nel primo capitolo, costituisce uno dei componenti nella definizione di discorso d'odio. Un'analisi più approfondita dei contenuti di questa norma verrà svolta nel prosieguo (*infra* cap. III, §3), per ora basti tenere in considerazione la sua potenziale rilevanza per il tema dell'*hate speech*.

Abbiamo visto in questo paragrafo il ruolo che riserva di codice del 2018 ha avuto nel riordinare le disposizioni in materia antidiscriminatoria

¹¹² Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il contenuto dell'art. 595 c.p., il quale che stabilisce che: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 1.032 euro. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a 2.065 euro. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 516 euro. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate».

originariamente contenute nella legge n. 654 del 1975 e nella legge Mancino. Tuttavia, per completare il quadro attuale delle disposizioni che possono intercettare i discorsi d'odio nel nostro ordinamento, occorre ora richiamare un ulteriore gruppo di disposizioni che si era precedentemente citato e che non è stato a sua volta però oggetto di inserimento all'interno del codice penale.

Si tratta delle ipotesi di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste di cui agli artt. 4 e 5 della c.d. legge Scelba, legge del 20 giugno 1952, n. 645 (modificata dalla legge del 22 maggio 1975, n. 152).

La legge Scelba precede temporalmente legge n. 654 del 1975, poiché però incrimina condotte che solo in determinati casi possono costituire dei discorsi d'odio, la sua rilevanza ai fini della nostra trattazione è solo eventuale. In particolare, in alcuni casi può accadere che le manifestazioni e l'apologia fascista esprimano i contenuti di un incitamento (*istigazione o propaganda*) all'odio o alla discriminazione, come messaggio apologetico e promotore degli ideali fascisti. Benché la condotta che inciti all'odio o alla discriminazione non sia propriamente descritta nell'articolo, è quindi possibile che le condotte con cui si integrano gli artt. 4 o 5 costituiscano un discorso d'odio.

A questo punto siamo giunti all'attuale assetto della normativa interna che reprime, in senso lato, l'incitamento e la propaganda all'odio e alla discriminazione. Tuttavia, la trattazione delle fonti rilevanti per il nostro tema non si è ancora conclusa, in quanto resta da affrontare il ruolo della CEDU, spostandoci nuovamente sul piano sovranazionale. A ciò è dedicato il paragrafo seguente.

9. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: il sistema di tutela.

Avendo fin qui visto la normativa interna dedicata alla repressione delle condotte comunicative di matrice discriminatoria, non si può ora prescindere da una trattazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, firmata a Roma il 3 settembre 1950, che svolge senz'altro un ruolo cardinale nei sistemi

di tutela della libertà di espressione in tutti gli Stati aderenti dell'area geografica europea.

Se però fino a questo punto avevamo discusso di norme che proibiscono talune forme estreme di espressione, analizzando l'apporto della CEDU si vede come questa Convenzione non preveda una norma precipuamente repressiva dei discorsi d'odio o dedita esclusivamente a vietare l'incitamento all'odio.

Al contrario, la prima disposizione che assume rilievo in questa analisi è finalizzata anzitutto alla tutela della libertà d'espressione, si tratta dell'articolo 10. Ciò che è interessante è che la norma non predispone un diritto assoluto, ma prevede da subito potenziali limitazioni. Queste sono volte a contemperare le spinte espansionistiche della libertà di espressione e a garantire la tenuta di un sistema di tutela di diversi diritti potenzialmente in tensione tra loro. Secondo la stessa logica si orienta poi l'art. 17, che dispone in generale un divieto di abuso dei diritti garantiti dalla Convenzione – e quindi anche dell'art. 10 – finalizzato ad annullare qualsiasi delle altre libertà garantite dalla Convenzione.

A completare il meccanismo di tutela contro alcune manifestazioni d'espressione di natura discriminatoria provvede l'art. 14 della Convenzione che sancisce un generale divieto di discriminazione. Dalla combinazione di questa norma con il divieto di abuso contenuto nell'art. 17 si ricava che l'art. 10 non potrà essere invocato per tutelare la libertà di espressione di chi violi l'art. 14, realizzando una condotta discriminatoria.

Dato conto sommariamente dell'interesse per questa trattazione delle disposizioni, occorre ora evidenziare la rilevanza sul piano del diritto interno di questa fonte sovranazionale. Attraverso l'art. 117 della Costituzione, il testo della CEDU trova a sua volta una copertura costituzionale. Nel dettaglio, l'art. 117 stabilisce un'efficacia superiore a quella delle leggi ordinarie per i trattati ratificati dall'Italia, fra cui rientra la Convenzione EDU. Attraverso questo parametro di costituzionalità interposto, si può valutare la legittimità di una

norma interna che sia in contrasto con la Convenzione, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo¹¹³. La CEDU, quindi, può assumere rilievo in due sensi: da un lato nel valutare la legittimità costituzionale – attraverso il meccanismo del parametro interposto di cui all’art. 117 Cost. – di una norma interna; dall’altro nel vagliare l’applicazione dei giudici nazionali delle norme repressive delle condotte di propaganda e incitamento all’odio, da parte della Corte di Strasburgo.

In questa seconda ipotesi se il quesito riguarda la protezione del discorso di incitamento all’odio da parte dell’art. 10 della CEDU possono presentarsi due scenari diversi¹¹⁴. Da un lato può essere esclusa ogni forma di tutela sotto l’art. 10 per l’operare dell’art. 17; così accade quando il discorso che si vorrebbe tutelare venga identificato come un abuso della libertà d’espressione, così inibendo l’applicazione dell’art. 10. La seconda ipotesi si ha invece quando si applichi il secondo paragrafo dell’art. 10, dove sono previsti i limiti che possono essere legittimamente apposti alla libertà di espressione.

Il significato e la portata di queste disposizioni sono stati chiariti ed elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, nelle proprie sentenze, la Corte ha enfatizzato la precipua importanza della libertà di espressione non solo come diritto fondamentale, al pari degli altri garantiti dalla Convenzione, ma come vero e proprio cardine delle società democratiche¹¹⁵.

Già da ora conviene inoltre precisare che, secondo quanto specificato dalla Corte, l’art. 10 tutela la facoltà di esprimere non solo le opinioni di maggioranza e generalmente condivisibili ma anche quelle che vengono considerate offensive, scioccanti o disturbanti¹¹⁶; proprio per questo le limitazioni alla libertà d’espressione da parte degli Stati aderenti devono avere

¹¹³ In questo senso si veda LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p.19, nota n. 25.

¹¹⁴ ANNE WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2009, p. 19.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 23; Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression*, (2022) p. 11.

¹¹⁶ Il concetto è stato espresso nei casi: *Handyside v. the United Kingdom*, n. 5493/72, 7 dicembre 1976, § 49; *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, n. 13585/88, 26 novembre 1991, § 59.

carattere eccezionale. Chiarita in linea generale la rilevanza delle norme della Convenzione ai fini di questa trattazione, nel prossimo paragrafo ci si addentererà nell'analisi contenutistica degli articoli 10, 14 e 17.

9.1 (Segue) La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: i contenuti degli artt. 10, 14, 17.

L'analisi del contenuto degli articoli della Convenzione rilevanti ai nostri fini deve partire dall'art. 10 che tutela la libertà d'espressione stabilendo che:

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione.

2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario».

Di particolare rilievo è la seconda parte dell'articolo che enumera una serie di limiti che possono legittimamente apporsi alla libertà d'espressione. Nello specifico, dopo aver sancito che l'esercizio della libertà d'espressione comporta delle responsabilità, si stabilisce che il suo esercizio può essere limitato tramite delle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni.

Queste limitazioni devono essere necessariamente previste dalla legge e legate alla necessità di protezione di una società democratica. Tra le finalità sottese alle limitazioni elencate dal § 2 emergono, ad esempio, la prevenzione di reati, la tutela della salute e della morale, la difesa della *privacy* nonché la

salvaguardia della reputazione di altri soggetti. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, per ritenersi legittime ai sensi dell'art 10, §2, le limitazioni introdotte dagli Stati aderenti dovrebbero ricadere tra le ipotesi ivi elencate che, a loro volta, devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.

Prendendo in considerazione il requisito di legittimità della limitazione, la Corte ha stabilito una serie di *standard* da soddisfare. In particolare, per quanto riguarda la *previsione di legge*, si è disposto un criterio “qualitativo” che semplificando possiamo ricondurre alla prevedibilità della sanzione conseguente a una condotta espressiva. Il precetto, in altre parole, deve essere sufficientemente preciso e chiaro da permettere al consociato di orientare preventivamente il proprio comportamento, per evitare di incorrere in una sanzione. Ovviamente non si richiede una precisione assoluta della formulazione, cosa che renderebbe in molti casi impraticabile l'applicazione della norma. Tuttavia, nel valutare la sussistenza di questo requisito di precisione si dovrà necessariamente tener conto del contenuto della norma, della materia interessata e dei destinatari.

Proseguendo, l'art. 14, rubricato “Divieto di discriminazione” stabilisce che:

«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

Si fornisce così un punto d'innesto per il meccanismo previsto dal successivo art. 17, nelle ipotesi in cui il discorso di cui si chiede la protezione sotto l'art. 10 abbia una natura discriminatoria sufficientemente grave¹¹⁷. L'art

¹¹⁷ La dicitura “sufficientemente grave” è volutamente ambigua e priva di un vero e proprio parametro di paragone poiché in questa sede non è possibile dare utilmente conto dell'orientamento della Corte nel valutare la gravità di un messaggio discriminatorio e quindi la sua protezione o meno. Ciò per una generale assenza di uniformità nelle scelte del Giudice di Strasburgo, che è stata più volte sottolineata dalla dottrina (e.g. LUCIA

17 dispone che:

«Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

In questo modo si intende vietare un esercizio della libertà d'espressione di cui all'art. 10 volto a distruggere il godimento del diritto alla non discriminazione come delineato all'art. 14.

Concludendo, occorre quindi evidenziare che la CEDU e la Corte di Strasburgo esercitano un ruolo fondamentale nella materia della libertà d'espressione e dei discorsi d'odio, influenzando significativamente il nostro ordinamento.

Come visto infatti, la funzione di parametro interposto di costituzionalità svolta dall'art. 10 CEDU grazie all'operare dell'art. 117 Cost.¹¹⁸ fa sì che tanto il nostro legislatore, quanto i giudici nazionali chiamati ad applicare le leggi, debbano tenere in considerazione le disposizioni analizzate e gli orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo.

L'autorevolezza della CEDU va però oltre alla obbligatorietà delle sue norme, derivante dall'adesione degli Stati. La Convenzione costituisce infatti un necessario punto di confronto per la maggior parte degli ordinamenti occidentali, esercitando una sorta di condizionamento che si estende oltre i confini dell'Europa geografica e influenza a livello globale il dibattito sulla libertà d'espressione e la repressione dei discorsi d'odio. A conferma di ciò, è

SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 17 nota n. 19). Nel capitolo successivo, però si avrà modo di meglio esporre i confini della tutela dei discorsi discriminatori predisposta dall'art. 10 CEDU, quando si tratteranno in maniera più approfondita i contenuti delle norme limitative della libertà d'espressione.

¹¹⁸ Il funzionamento di *parametro interposto* è stato ad esempio enunciato nella Sentenza Costituzionale n. 240/2018 nei seguenti termini: «Tutte le norme interne, comprese quelle attuative di direttive europee, devono rispettare i diritti e i principi garantiti dalla CEDU che non soffrono limitazioni per ambiti di competenza: la Corte è tenuta a pronunciarsi sul rispetto dei predetti principi, la cui violazione ne integra, al contempo, una dell'art. 117, primo comma, Cost.».

sufficiente osservare che anche nel contesto statunitense numerose analisi sono dedicate alla CEDU ¹¹⁹.

10. Conclusioni.

Nell'apprestarci a chiudere questo capitolo pare opportuno sintetizzare i punti salienti dell'analisi svolta; nel capitolo che segue passeremo a una valutazione più specifica di cosa venga effettivamente vietato dalla normativa vigente nel nostro ordinamento.

Nelle pagine che precedono si è cercato di ricostruire le norme rilevanti per i discorsi d'odio, partendo dalla loro genesi storica e tratteggiandone le evoluzioni e modifiche. L'indagine ha voluto, per quanto possibile, ricostruire le motivazioni che hanno spinto i legislatori, nazionali e internazionali, ad agire. Si è potuto così cogliere una sorta di *leitmotiv* di questa attività, coincidente nella maggior parte dei casi con la volontà di reprimere i fenomeni discriminatori sotto forma di manifestazione di pensiero. Al contempo si è visto come i legislatori abbiano preso in considerazione la necessità di tutelare la libertà d'espressione, implicata negli interventi repressivi suddetti. Questo obiettivo si è più volte dimostrato di difficile realizzazione, per l'intrinseca complessità del bilanciamento con le esigenze di tutela; origina da qui il carattere travagliato delle vicende che hanno portato all'approvazione degli atti analizzati.

A monte della ricostruzione della normativa antidiscriminatoria svolta in questo capitolo, si può inoltre notare come essa sia esito di una notevole stratificazione di interventi normativi spesso privi di una logica sistematica. Tale carattere, dovuto ai diversi impulsi che hanno portato alle riforme susseguitesi negli anni, alcuni di ampliamento altri di restrizione, specie nel versante nazionale, ha avuto ripercussioni sul giudizio generale delle critiche in ambito dottrinale. Prima di analizzare tali punti problematici nel capitolo IV, occorre ora occuparci dell'analisi contenutistica delle norme viste in questo capitolo.

¹¹⁹ L'interesse per l'approccio della Corte EDU nella protezione della libertà d'espressione da parte della letteratura statunitense emerge in vari lavori, a titolo esemplificativo si veda: KEVIN BOYLE, *Hate Speech: The United States Versus the Rest of the World* Frank M. Coffin Lecture on Law and Public Service--Editors Note, in «Maine Law Review», 53 (2001), 2, pp. 499 ss.; STEPHANIE FARRIOR, *Molding the Matrix*, cit. pp. 62 ss.

Capitolo Terzo

LA REPRESSIONE PENALE DELL'*HATE SPEECH* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La struttura dell'art. 604-*bis* c.p. - 2.1. Il bene giuridico. - 2.2 La propaganda *ex art.* 604-*bis* c.p. - 2.3 L'istigazione *ex art.* 604-*bis* c.p. - 2.4 Il problema del pericolo. - 2.5 Il ruolo dei motivi e l'elemento soggettivo dell'istigazione. - 3. La diffamazione aggravata *ex art.* 604-*ter* c.p. - 4. Altre ipotesi di discorsi d'odio nell'ordinamento italiano (cenni).-4.1 Il “saluto romano” è un discorso d'odio? La legislazione antifascista. - 4.2 L'apologia di genocidio e il negazionismo. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Dopo aver ripercorso nel capitolo precedente la storia delle fonti della normativa rilevante per la nostra trattazione, occorre ora passare all'analisi delle singole fattispecie individuate. In questo capitolo si tratteranno dunque le diverse ipotesi di reato inerenti alla repressione dei discorsi d'odio, partendo dalla normativa più generale, contenuta nell'art. 604-*bis*, per poi analizzare alcune ipotesi di applicazione dell'art. 604-*ter*.

Dopo la prima sezione, in cui si svolgerà un esame dettagliato dei contenuti delle disposizioni richiamate, ci si dedicherà a una panoramica di altre fattispecie che possono intercettare i discorsi d'odio. In questa seconda parte del capitolo ci si limiterà a dei cenni fondamentali poiché le fattispecie analizzate presentano un elevato grado di complessità dovuta anche alla loro rilevanza settoriale, relativa alla repressione dei fenomeni fascisti o di genocidio, che rischierebbe altrimenti di allontanarci dall'oggetto della nostra trattazione, ossia la repressione penale dell'*hate speech*. Si sottolinea da subito un rilievo che si avrà modo di approfondire in seguito, ossia la difficile demarcazione dell'ambito applicativo di ciascuna fattispecie. Per questo motivo, nel tentare di fornire al lettore le coordinate per orientarsi nell'esame delle norme, si sottolineeranno di

volta in volta le diverse interpretazioni e soluzioni apprestate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pur avvisando da subito che spesso le questioni controverse risultano tuttora irrisolte.

La complessità appena descritta richiede però di andare per gradi, partendo dalla struttura generale della prima fattispecie di cui ci occuperemo: l'art. 604-*bis* c.p.

2. La struttura dell'art. 604-*bis* c.p.

Per descrivere la struttura e il contenuto dell'art. 604-*bis* c.p., si può partire dalla rubrica intitolata: "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa". Il legislatore anticipa in questo modo come l'articolo vieti una pluralità di condotte. Più in particolare, l'art. 604-*bis*, al primo comma, stabilisce che:

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. [...].»

Procedendo con ordine, la lettera a) prevede tre ipotesi di reato: la propaganda, l'istigazione e la commissione di atti di discriminazione; per tutte e tre è stabilita la medesima pena alternativa della reclusione, fino a un massimo di un anno e sei mesi e della multa fino a 6.000 euro.

In ipotesi come queste, in cui la lettera dell'articolo presenta diverse condotte che possono integrare un reato, ci si trova davanti a un bivio interpretativo: si può avere a che fare con una norma mista *alternativa* o con una norma mista *cumulativa*.

Nel primo caso, le diverse condotte stigmatizzate sono fra loro fungibili, e anche se realizzate insieme integrano una sola ipotesi di reato. Nel secondo

caso, anche definito di “disposizione a più norme”, sussistono invece tante norme incriminatrici quante le condotte descritte; pertanto, realizzando più condotte si integrano più reati. È chiaro, dunque, che l’identificazione di una norma come mista *cumulativa* o mista *alternativa* rileva ai fini del concorso di reati.

La dottrina¹²⁰ che si è posta il problema ha qualificato questa ipotesi come una norma a più fattispecie o mista cumulativa, riconoscendo così la possibilità che si configuri un concorso di reati.

Fatta questa precisazione, guardando alle caratteristiche delle singole condotte, esse sono state distinte¹²¹ secondo i c.d. paradigmi *enunciativo*, *esecutivo* e *istigatorio*, a seconda della tipologia di comportamenti vietati. Nella nostra trattazione, relativa ai *discorsi* d’odio, ci occuperemo esclusivamente delle condotte enunciative (propaganda) e istigatorie, poiché sono solo queste che hanno a che fare con la comunicazione di un messaggio d’odio.

Preme precisare che l’art. 604-*bis*, nella sua formulazione attuale, ai commi 2¹²² e 3 prevede rispettivamente un’altra ipotesi di reato e un’aggravante. A quest’ultima disposizione sarà dedicato uno spazio nel §4.2, per ora ci concentreremo invece sul primo comma.

Tuttavia, prima di addentrarci nella trattazione delle singole condotte punite, occorre soffermarci sull’identificazione del bene giuridico tutelato in quanto questa operazione è funzionale a una piena comprensione dei contenuti delle fattispecie.

¹²⁰ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, vol. IV agg., tomo II, UTET giuridica, 2008, p. 18.

¹²¹ GIUSEPPE PUGLISI, *Discriminazione razziale - Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse de iure condendo*, in «Giurisprudenza Italiana», n. 5 (2018), p. 1192.

¹²² Il secondo comma dell’art. 604-*bis* c.p. recita: «È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la 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».

2.1. Il bene giuridico.

In questo paragrafo si affronterà il tema del bene giuridico protetto dall'art. 604-*bis* c.p., esaminando in particolare la sua evoluzione storica. Si valuteranno quindi gli interventi normativi che ne hanno scandito gli sviluppi, insieme alle critiche dottrinali e giurisprudenziali e al loro ruolo propulsore nell'interpretazione volta all'individuazione del bene stesso.

Nel mettere a fuoco il bene giuridico tutelato dalla fattispecie viene in soccorso la collocazione sistematica delle disposizioni in esame all'interno della Sezione I-*bis*, Capo II, Titolo XII, del Libro Secondo tra i “delitti contro l'eguaglianza”: a oggi, il bene giuridico tutelato viene infatti riconosciuto nella *pari dignità* degli esseri umani.

Questo approdo, ormai diffusamente accettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è l'esito di un lungo processo evolutivo e interpretativo della fattispecie¹²³ che può essere diviso in tre fasi distinte: nella prima il bene tutelato veniva ricondotto all'*ordine pubblico* (1), nella seconda alla *dignità umana* (2), nella terza alla *pari dignità umana* (3).

Nella prima formulazione dei divieti analizzati, contenuta nell'art. 3 della legge n. 654 del 1975, si prevedeva che le condotte discriminatorie proibite si basassero sull'appartenenza delle vittime a minoranze. L'influenza della legge Scelba, finalizzata al contrasto dei fenomeni fascisti, aveva fatto sì che il bene giuridico tutelato dalle disposizioni dell'art. 3 fosse identificato nell'ordine pubblico (1). Un simile approdo era dovuto alla vicinanza delle materie trattate dalle due leggi, in quanto la più risalente legge Scelba, nel colpire fenomeni fascisti, poteva in alcuni casi intercettare ipotesi di propaganda razzista. Di questa incriminazione e del rapporto tra queste due norme si dirà più approfonditamente nel § 4.1.

¹²³ Per una ricostruzione delle tappe evolutive GIUSEPPE PUGLISI, *La parola acuminata. contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza*, cit., p. 4.

Giunti all'identificazione del bene nell'ordine pubblico, si era aperto un dibattito in dottrina rispetto alla "tipologia" di ordine pubblico rilevante per la norma, volto a determinare se si trattasse dell'ordine pubblico materiale, inteso come la pacifica convivenza dei consociati, o l'ordine pubblico ideale, di più difficile definizione.

Questa seconda categoria comprendeva infatti non solo l'idea di una pace sociale, ma anche il rispetto dei valori fondanti della società stessa, riconosciuti ed enumerati nella Costituzione; per tale ragione il bene era definito anche "ordine Costituzionale normativo". Si operava così una prima apertura verso una direzione che sarebbe stata intrapresa dalla norma nella sua seconda fase evolutiva; veniva infatti valorizzato l'art. 3 e il suo principio di eguaglianza come contraltare al divieto di discriminazione sancito dalla Convenzione di New York del 1965 e da cui la legge n. 654 del 1975, come noto, traeva origine.

Il problema derivante dall'individuazione del bene giuridico nell'ordine pubblico ideale era legato all'assenza di qualsivoglia richiamo allo stesso all'interno della Costituzione, diversamente da quanto avveniva invece per l'ordine pubblico materiale¹²⁴. D'altra parte, nonostante la contrarietà della dottrina, la Corte costituzionale si era espressa¹²⁵ nel senso di ammettere la sussistenza dell'ordine Costituzionale pubblico, nonostante la contrarietà della dottrina¹²⁶.

In questa fase dell'elaborazione relativa al bene giuridico, l'assetto della normativa era percepito come posto a tutela di un interesse prettamente collettivo, sovraindividuale. È anche per questo motivo che la modifica apportata dalla legge Mancino nel 1993 costituì un primo momento di svolta verso l'individuazione della dignità dell'uomo come bene tutelato, con un conseguente spostamento del baricentro delle norme verso la tutela di un

¹²⁴ Nel testo costituzionale si fa riferimento alla pubblica sicurezza, pubblica incolumità e salute, ad esempio, categorie tipicamente ricondotte alla sfera dell'ordine pubblico materiale.

¹²⁵ La prima sentenza in cui si fa menzione dell'ordine Costituzionale pubblico è la n. 19 del 1962.

¹²⁶ LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 181.

interesse individuale.

Prima della novella, infatti, la discriminazione era rilevante solo in quanto esito cumulativo di diverse condotte; da ciò si ricavava che il legislatore intendesse sanzionare la discriminazione come macro-fenomeno che poteva quindi riguardare solo gruppi interi di persone. A seguito della modifica, invece, assunsero rilievo i singoli episodi discriminatori, necessariamente realizzati nei confronti di soggetti individuati, spostando quindi il baricentro dalla tutela esclusiva della collettività a quella dell'individuo¹²⁷.

Più in particolare, in conseguenza di tale intervento, una parte della dottrina argomentò come fosse opportuno individuare il bene giuridico nell'uomo in quanto tale¹²⁸.

Porre l'essere umano al centro della tutela, senza identificare un singolo attributo come meritevole di protezione, ma valorizzando l'insieme della persona, fu una premessa fondamentale per riconoscere il bene giuridico che sintetizza e riunisce tutti i valori e i diritti riconosciuti all'uomo. Invero, in tale contesto, fu enfatizzata la sua essenza, l'elemento distintivo che lo differenzia dagli altri esseri viventi: la *dignità umana*.

A seguito delle modifiche operate nel 1993 la maggior parte della dottrina tese quindi a identificare il bene giuridico tutelato nella *dignità umana*, lasciando da parte la tutela dell'ordine pubblico che assunse semmai una rilevanza indiretta¹²⁹. Nello stesso senso si espresse pure la giurisprudenza¹³⁰.

Nonostante questa nuova consapevolezza rispetto allo scopo di tutela, le critiche relative al bene tutelato rimasero numerose.

¹²⁷ *Ibid.* p. 197

¹²⁸ EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in «Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo, Anno X» (gennaio 1997), p. 66.

¹²⁹ SIMONE FERRARI, *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, in «Giurisprudenza Italiana», n. 1 (2009), p. 164.

¹³⁰ Si veda ad esempio: Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, n. 341 in cui si afferma che: «Le norme in tema di repressione delle forme di discriminazione razziale, oltre a dare attuazione ed esecuzione agli obblighi assunti verso la comunità internazionale con l'adesione alla Convenzione di New York, costituiscono anche applicazione del fondamentale principio di uguaglianza indicato nell'art. 3 della Costituzione, sicché è ampiamente giustificato il sacrificio del diritto di libera manifestazione del pensiero.»

In particolare, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, il concetto di dignità umana si reputava eccessivamente generico e quindi passibile di interpretazioni molto ampie, che permettevano di considerare discorsi di varia natura come lesivi della dignità umana e quindi sanzionabili.

Tali critiche vennero parzialmente assopite una volta individuato il bene nella *pari* dignità, conferendo così alla fattispecie un saldo aggancio costituzionale negli artt. 2 e 3 Cost.

Una simile interpretazione era già diffusa nella giurisprudenza e nella dottrina prima del 2018, ma grazie all’inserimento delle fattispecie in esame all’interno del codice penale nella sezione relativa ai “Delitti contro l’eguaglianza” si cementificò il suggerimento dottrinale di tutelare la *pari dignità* dell’uomo.

Si è giunti così alla valorizzazione dell’intersoggettività come ambito in cui valutare la dignità; in altre parole, la dignità dell’uomo si misura nella sua dimensione relazionale. Il senso di questa ricostruzione è che il soggetto deve essere rispettato al pari degli altri che condividono la sua condizione di essere umano nel contesto delle relazioni sociali.

Così ripercorse le tappe evolutive del bene giuridico, resterebbero ancora da affrontare le numerose critiche evidenziate della dottrina; esse riceveranno però uno spazio autonomo nel prossimo capitolo, ove verranno trattate insieme agli aspetti problematici inerenti alla formulazione delle fattispecie. Adesso è invece necessario mettere a fuoco le singole condotte vietate dall’art. 604-*bis* c.p.; a questo compito sono dedicati i prossimi i due paragrafi.

2.2 La propaganda *ex* art. 604-*bis* c.p.

La prima ipotesi di reato sanzionata dall’art. 604-*bis* c.p. è la *propaganda* di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico. Per chiarezza espositiva si riprende brevemente il dettame del primo comma, lettera a) che punisce: «a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro

chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico».

Si tratta di un reato comune, non essendo richiesta alcuna qualifica per l'autore. La *propaganda* si realizza mediante un atto comunicativo di idee, in questo caso “*fondate sulla superiorità o l'odio razziale o etnico*”, che, come già sottolineato nel capitolo precedente, deve avere la potenziale capacità di far presa sulla psiche dei destinatari e deve possedere il carattere della pubblicità¹³¹. Per quanto riguarda le modalità della condotta, questa può essere realizzata in qualsiasi modo, ossia attraverso qualsiasi mezzo, scritto o parlato, che ne permetta la diffusione a un pubblico indeterminato (delle modalità diffusive *online* si dirà meglio nel capitolo V).

Secondo una nota sentenza della Corte costituzionale, la n. 87 del 1966¹³²:

«La propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano».

L'obiettivo a cui si tende è la persuasione degli ascoltatori, essendo richiesto quindi un *quid pluris* rispetto a una mera diffusione.

Gli sforzi interpretativi relativi alla *propaganda* nel contesto di questa specifica incriminazione, una volta esaurito il significato letterale appena descritto, si sono orientati sulla individuazione delle differenze con altri concetti attigui, quello di diffusione di idee, utilizzato prima della sua riformulazione ad opera della legge n. 86 del 2006, e quello di istigazione, inserito invece nella

¹³¹ Fra i molti FRANCESCA SALOTTO, *Reato di Propaganda Razziale e Modifiche ai Reati d'Opinione* (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85), in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO cit., p. 170; CARMELO LEOTTA, *Razzismo* cit. p. 19; SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2022³, p. 28.

¹³² La sentenza era relativa ad un altro reato di propaganda, ma essendo la condotta stigmatizzata la stessa, assume rilevanza anche nel nostro ambito di analisi come sottolineato anche dal riferimento alla stessa ad opera della Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906.

seconda parte della lettera a) (oltre che nella lettera b).

Per quanto riguarda il primo termine di paragone, si è già detto che nel valutare la distanza tra la precedente “diffusione” e l’attuale “propaganda” gli interpreti sono giunti alla già nota conclusione per cui la propaganda rispetto alla diffusione presenterebbe una maggiore determinatezza e una superiore portata selettiva¹³³. Rispetto alla “diffusione di idee”, infatti, almeno dal punto di vista formale, la *propaganda* individua un comportamento maggiormente definito che non si limita alla “semplice” divulgazione di un pensiero ma si arricchisce della capacità di suscitare l’adesione alle idee stesse da parte dei destinatari¹³⁴.

In dottrina si è sostenuto, contrapponendo la propaganda alla mera “diffusione in qualsiasi modo” che:

«la nozione di propaganda [...] contiene in sé da un lato l’elemento della diffusività, dall’altro quello dell’espressa adesione del soggetto attivo alle idee che ne formano oggetto, dall’altro ancora quello dell’invito – rivolto a terzi – ad aderire a loro volta a quelle idee»¹³⁵.

Passando al secondo termine di paragone, la *propaganda* di idee razziste si distingue poi dall’istigazione alla discriminazione perché, mentre nel secondo caso l’autore vuole provocare negli ascoltatori un comportamento che si concreti in veri e propri atti discriminatori, nel primo caso si ha la volontà di convincere e far aderire gli ascoltatori alle proprie idee di superiorità razziale o odio, senza necessariamente fare riferimento a specifici atti in cui queste

¹³³ Si rimanda alla trattazione svolta nel capitolo precedente al §6.

¹³⁴ In questa sede pare opportuno richiamare quanto già detto nel capitolo precedente a proposito della sostituzione operata dal legislatore nel 2006, con l’inserimento del termine “propaganda” al posto della precedente “diffusione di idee”. Come si ricorderà, di fronte a un generale accordo sulla continuità della fattispecie, avallato dalla Corte di cassazione, la dottrina era parzialmente divisa sulla portata dell’intervento. Secondo alcuni si sarebbe trattato di un intervento tassativizzante e selettivo delle condotte punibili, secondo altri invece - e questo è il punto che si intende richiamare - la modifica sarebbe stata sostanzialmente ininfluenza, in quanto già prima dell’inserimento del termine propaganda la diffusione di idee era interpretata come dotata dello stesso significato. Affinché la diffusione fosse punibile, si richiedeva, in maniera coerente con il principio offensività, che la condotta fosse dotata della capacità di far presa sulla psiche dei destinatari, avvicinandosi così il concetto di diffusione a quello di propaganda.

¹³⁵ GIUSEPPE PAVICH, ANDREA 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*, *Diritto Penale Contemporaneo* (ottobre 2014), p. 22.

debbano tradursi. Com'è stato notato dalla dottrina, però, «*neppure la propaganda [...] si esaurisce nella mera enunciazione di una dottrina o di un concetto*»¹³⁶: la stessa deve infatti non solo convincere della bontà delle idee esposte, ma provocare anche un'adesione che possa successivamente tradursi in un'azione sospinta dalle idee propagandate e basata sulle stesse. La differenza sembrerebbe pertanto risiedere nella specificità del comportamento che si intende stimolare: ove ricorra questo elemento ci troveremo davanti a un'istigazione¹³⁷.

Ferma restando la validità delle considerazioni appena svolte, è bene per altro precisare che negli scritti antecedenti alla riforma del 2006 è frequente imbattersi in autori¹³⁸ che usano il termine *propaganda* per riferirsi indifferentemente alle condotte di diffusione di idee e incitamento all'odio. Tale opzione lessicale, se da un lato si spiega alla luce della diversa formulazione della fattispecie incriminatrice, che non parlava di propaganda, dall'altro restituisce la difficoltà di operare una netta distinzione tra i concetti in esame.

D'altra parte, se sul piano formale la distinzione tra la propaganda e l'istigazione pareva e pare tuttora abbastanza chiara, il tentativo della dottrina e della giurisprudenza di fornire una maggiore offensività alla prima condotta (tema su cui si tornerà ampiamente nel prossimo capitolo) aveva finito per avvicinarne il significato a quello attribuito all'istigazione sotto il profilo della capacità persuasiva delle condotte.

Ciò che quindi rilevava maggiormente per distinguere le due ipotesi, oltre alla necessaria pubblicità della prima, era che l'oggetto delle condotte, riferito ora a un'ideologia ora a specifici atti discriminatori. L'attività promozionale in cui si sostanzia la propaganda ha come referente un'ideologia di superiorità razziale o di odio razziale o etnico, che deve sì avere una capacità persuasiva che può essere tradotta dagli autori in atti materiali ma che non richiede che tali

¹³⁶ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p. 19.

¹³⁷ EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit. p. 50.

¹³⁸ *Ibid.* pp. 66 e 71.

atti siano stati specificati nel momento in cui la comunicazione avviene.

Secondo alcuni autori¹³⁹, tuttavia, un proselitismo verso le idee propagandate sarebbe già insito nello stesso oggetto della condotta diffusiva poiché si tratta di idee qualificate da una certa ideologia (quella razzista e di superiorità etnica di cui si dirà a breve) che si pone di per sé sul piano del convincimento dell'ascoltatore. In altre parole, il contenuto ideologico comunicato avrebbe di per sé un carattere volto a suscitare l'adesione degli ascoltatori: a questo primo livello si aggiungerebbe poi la forza persuasiva della propaganda.

In ogni caso è bene evidenziare che la possibilità di fare presa sulla psiche degli ascoltatori, ai fini della consumazione, non deve necessariamente avverarsi con la produzione di atti materiali ispirati all'ideologia propagandata. Si tratta di un delitto privo di evento naturalistico¹⁴⁰, che si consuma con la sola realizzazione dell'atto comunicativo¹⁴¹. Non è infatti necessario che si verifichi un fatto che dimostri l'adesione degli ascoltatori alle idee comunicate dall'autore. Il reato si consuma nel momento in cui il messaggio veicolato viene percepito da una platea indistinta di ascoltatori o quando diventa per loro percepibile. Non è altresì necessario, ai fini della consumazione, che il messaggio venga percepito dalla vittima o del gruppo nei confronti del quale si esprimono i contenuti della propaganda.

Al tema dei reati di mera condotta si lega spesso quello dei reati di

¹³⁹ LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero* in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO, Padova, CEDAM, 2006, pp. 139 ss.

¹⁴⁰ GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in «ARCHIVIO PENALE» (2014), p. 7.

¹⁴¹ Facendo riferimento all'ipotesi di un singolo atto comunicativo, vale la pena menzionare un particolare orientamento interpretativo espresso da FRANCESCA SALOTTO, *Reato di Propaganda Razziale* pp. 170-171. Secondo questa lettura della norma, prima dell'inserimento del termine "propaganda" a opera della riforma del 2006, una singola ipotesi di diffusione di idee non sarebbe di per sé stata sufficiente a integrare la fattispecie di reato, richiedendosi al contrario la reiterazione di più condotte simili per raggiungere un grado di lesività sufficiente. Questo approccio avrebbe ovviato al deficit di offensività che si sarebbe invece prodotto nel caso in cui fosse stato sufficiente preferire un insulto razzista contenente idee di superiorità razziale. Tuttavia, una simile interpretazione sembra essere stata abbandonata con l'introduzione del termine "propaganda" in quanto, come già detto, questa richiede di per sé un *quid pluris* di capacità di presa sulla psiche del destinatario. Sul tema dell'offensività della propaganda si dirà però nel prossimo capitolo.

pericolo, di cui la fattispecie in esame fa parte. Per ora ci si limiterà a questa ampia categorizzazione, per lasciare l'analisi approfondita del tema e la valutazione della tipologia di pericolo (se concreto o astratto) ad un momento successivo.

Per quanto riguarda invece le idee che sono oggetto di *propaganda*, queste devono essere fondate sulla *superiorità razziale* o sull'*odio* per motivi razziali o etnici. Poiché nessuno di questi concetti, che costituiscono elementi normativi extra-giuridici, è stato definito dal legislatore (punto problematico su cui si tornerà ampiamente nel prossimo capitolo) a una simile mancanza si è tentato di supplire in sede interpretativa e in via pretoria.

Per quanto riguarda la superiorità razziale, questa fa riferimento al più ampio concetto di *razzismo*. Come è stato più volte sottolineato dalla dottrina¹⁴², si tratta di un elemento che pur comparso in diverse fattispecie, è dato come presupposto dal legislatore. Nel tentare di fornire una definizione utile ai fini interpretativi dei precetti penali coinvolti, si è spesso operata una classificazione del concetto di razzismo e delle sue diverse tipologie, in particolare facendo riferimento alle evoluzioni susseguitesi dal XIX secolo ad oggi. Senza addentrarsi in questa sede in una disanima più articolata del vastissimo tema relativo alla definizione del razzismo, basti riportare qui alcuni punti a cui la dottrina ha spesso fatto riferimento¹⁴³.

Il concetto di “razzismo” ha subito negli ultimi due secoli

¹⁴² LORENZO PICOTTI *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* in *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* a cura di SILVIO RIONDATO, cit. p. 120.

¹⁴³ Per una ricostruzione del concetto di razzismo in dottrina: *Ibid.* pp. 117 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza, un contributo fondamentale è stato dato dalla sentenza del Tribunale di Verona, 25 febbraio 2005, n. 2203, dove si afferma che: «La parola “razzismo” è [...] una parola impropria per il modo in cui essa viene oggi usata. Le definizioni classiche del “razzismo” non sono più sufficienti. Il vecchio e il nuovo si mischiano. Così è “razzista” colui che, pur dichiarando pubblicamente di non credere nella “disuguaglianza tra le razze”, insiste sull'incompatibilità delle culture, delle mentalità, delle civiltà al fine di giustificare delle misure di esclusione, di espulsione, di emarginazione di coloro che sono ritenuti e/o additati come “inassimilabili” o “non-integrabili”». Nella stessa sentenza si evidenzia come molto del pensiero razzista odierno faccia riferimento a una visione differenzialista del mondo che opera un inquadramento delle società umane come suddivise in gruppi sulla base di caratteristiche comuni, legate all'etnia e alla provenienza geografica e culturale. Secondo tale visione, sono proprio queste differenze che giustificano il dominio di un insieme di “uomini superiori” su uno di “uomini inferiori”.

un'evoluzione¹⁴⁴ che è iniziata con le prime teorie pseudo-scientifiche, basate sulle differenze biologiche, e sulla conseguente possibilità di classificare gli esseri umani in una scala gerarchica in base alla “razza” di appartenenza. A questa prima impostazione, spesso definita di “razzismo biologico”, ne è subentrata un'altra, di nascita più recente, denominata “neorazzismo”, che identificherebbe le differenze rilevanti ai fini di un giudizio valoriale degli individui nell'appartenenza a culture diverse. Motivo di inferiorità, dunque, per chi sposa queste idee, non sarebbe più un dato biologico quanto un dato culturale di appartenenza e identificazione con una certa tradizione e il suo insieme di valori.

Secondo la giurisprudenza, *«il razzismo è una forma particolare di discriminazione perché indica la razza come fattore determinante per lo sviluppo della società e, di conseguenza, presuppone l'esistenza di razze superiori ed inferiori: le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione»*¹⁴⁵.

Ai fini della nostra trattazione non è possibile approfondire ulteriormente il tema; rimandando quindi alla letteratura di settore proseguiamo con la trattazione del prossimo elemento normativo extra-giuridico.

Per quanto riguarda “l'odio”, questo non consiste in una mera antipatia, per quanto profonda e radicata, o in un sentimento di astio, dovendosi necessariamente collegare con il concetto di discriminazione. Secondo la Corte di cassazione, infatti, l'odio tipizzato dall'art. 604-*bis* c.p. è 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, e la discriminazione per motivi razziali è quella fondata sulle qualità personali del soggetto, non – invece – i suoi comportamenti»*¹⁴⁶. Sempre in giurisprudenza si è affermato che *«l'espressione “odio”*

¹⁴⁴Per un altro contributo sistematico sul rapporto tra diritto penale e razzismo CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. pp. 5 ss.

¹⁴⁵ Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906 che richiama Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 1993, n. 3791.

¹⁴⁶ Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906. cit.

[...] *ha un suo ben preciso significato, indicativo di un sentimento estremo di avversione implicante il desiderio del maggior male possibile per chi ne forma oggetto; ragion per cui non può, l'interprete, qualificare sic et simpliciter, come "odio" qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto*¹⁴⁷.

In assenza di una «*esplicita dichiarazione di superiorità razziale o odio*»¹⁴⁸ si deve aver riguardo a una serie di elementi relativi alle modalità, al tempo e al luogo della comunicazione per verificare che il messaggio razzista implicito sia tale da poter essere valutato oggettivamente come espressivo di idee di superiorità o di odio razziale.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il reato è punibile a titolo di dolo. Secondo alcuni si tratterebbe di un dolo generico¹⁴⁹, consistente nella consapevolezza dell'agente del contenuto della propria condotta volontaria, e quindi della pubblicità e dell'oggetto della propria comunicazione. Questo orientamento esclude che la norma, come scritta, preveda una proiezione teleologica della condotta che sarebbe invece necessaria ai fini della configurazione di un reato a dolo specifico. In altri termini, non essendo specificate nella norma finalità ulteriori da perseguire mediante la propaganda, non potrebbe predisporre un dolo specifico. Nonostante ciò, secondo un'altra tesi, la fattispecie richiederebbe un dolo specifico, identificabile nella volontà di persuadere gli ascoltatori della validità delle idee discriminatorie¹⁵⁰.

Conclusasi con queste ultime considerazioni l'analisi della propaganda di idee di superiorità razziale o odio etnico, si può passare alla seconda parte della lettera a), dedicata all'istigazione.

¹⁴⁷ La citazione riportata da SIMONE FERRARI, *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, in «Giurisprudenza Italiana», (2009), p. 169, riproduce un passaggio della sentenza Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295.

¹⁴⁸ LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 226.

¹⁴⁹ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p. 26.; LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale in Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di SILVIO RIONDATO, cit. p. 143. Per questo orientamento espresso nella giurisprudenza Cass. Pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581 e più recentemente Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906.

¹⁵⁰ GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit., p. 9.

2.3 L'istigazione *ex art. 604-bis c.p.*

La seconda parte della lettera a) vieta l'*istigazione* ad atti discriminatori. Le stesse riflessioni relative all'*istigazione* varranno anche per l'ipotesi prevista dalla lettera b) che punisce infatti: «*con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*».

Della differenza tra l'istigazione e la propaganda si è già detto nel paragrafo precedente. Qui occorre ricordare come il termine *istigazione* abbia sostituito quello di incitamento previsto dalla norma fino al 2006 e come questa modifica non abbia avuto particolare rilievo essendo i due termini interpretati come sinonimi¹⁵¹.

Si tratta di una condotta volta a convincere e a suscitare la volontà nell'ascoltatore di agire in una determinata maniera. Il destinatario dell'istigazione viene persuaso a compiere specifici atti dalla condotta comunicativa dell'attore.

In questo caso opera una deroga al principio generale enunciato dall'art. 115 c.p. in quanto rileva anche l'istigazione che non venga accolta. Soggetto attivo può essere ancora una volta chiunque.

I comportamenti oggetto di istigazione sono divisi in due tipologie dalle lettere a) e b) dell'art. 604-*bis* c.p.

Nell'ipotesi prevista dalla lettera a) l'istigazione è volta al compimento di atti discriminatori. La discriminazione è un elemento normativo extra-giuridico di cui non viene fornita una definizione nella fattispecie. La giurisprudenza e la dottrina hanno tentato di rimediare a questa assenza facendo riferimento, per quanto riguarda la discriminazione razziale, alla definizione fornita all'art. 1 della Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione

¹⁵¹ Si rimanda a quanto già detto in merito del capitolo precedente §6.

razziale del 1965. Come già sappiamo infatti, è proprio questa Convenzione a fungere da punto di riferimento del legislatore italiano per la prima introduzione nel 1975 della fattispecie in esame.

La definizione a cui si fa richiamo stabilisce che:

«“Discriminazione razziale” sta ad indicare ogni distinzione, 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».

Tanto in dottrina¹⁵² quanto in giurisprudenza¹⁵³ si richiamano poi due ulteriori definizioni di discriminazione di tenore pressoché identico, ma di rilevanza settoriale, una contenuta nel Testo unico sull’immigrazione (art. 43 d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286), l’altra nella direttiva EU n.43 del 2000, recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. del 9 luglio 2003, n. 215. L’art. 2¹⁵⁴ del decreto opera una distinzione tra discriminazione diretta e indiretta. La prima si verifica quando *«per la razza o l’origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in situazione analoga»* la seconda invece, ha luogo *«quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza*

¹⁵² GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit. p. 2; GIUSEPPE PAVICH, ANDREA BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit. p.5.

¹⁵³ Si veda ad esempio Cass. Pen., Sez. III, 2015, n. 36906 cit.

¹⁵⁴ Per completezza si riporta il testo integrale dell’art. 2, intitolata “Nozione di discriminazione”: «1. Ai fini del presente decreto, per principio di parità di trattamento si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell’origine etnica. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per la razza o l’origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone. 2. È fatto salvo il disposto dell’articolo 43, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, di seguito denominato: “testo unico”. 3. Sono, altresì, considerate come discriminazioni, ai sensi del comma 1, anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo. 4. L’ordine di discriminare persone a causa della razza o dell’origine etnica è considerato una discriminazione ai sensi del comma 1».

od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone».

Per la definizione di discriminazione ci si può accontentare di quanto esposto fin qui, riservandoci comunque di tornare sul tema quando si passerà all'analisi delle critiche relative alla formulazione delle fattispecie, in particolare nel prossimo capitolo (*infra* cap. IV, §4). Si aggiunge solo che secondo un orientamento giurisprudenziale, non esente da critiche da parte della dottrina¹⁵⁵, non ricorrerebbe una discriminazione penalmente rilevante allorché la disparità di trattamento sia fondata sul comportamento della vittima e non anche su delle caratteristiche immutabili o comunque tutelate quali la “razza” l'origine etnica o l'affiliazione religiosa¹⁵⁶. Le basi su cui la discriminazione deve fondarsi sono identificate nei *motivi*, gli stessi previsti nella lettera b). L'elemento dei *motivi* richiede un approfondimento dedicato e verrà pertanto trattato autonomamente nel § 2.5. Per ora basti anticipare che la discriminazione come appena descritta si ancora sulle caratteristiche identificate attraverso i motivi che costituiscono un elenco tassativo.

Tornando all'oggetto della istigazione, si deve ricordare come con la novella del 1993 abbiano assunto rilievo, ai fini di questa specifica condotta istigatoria, i singoli atti discriminatori, non essendo più richiesto un insieme reiterato di comportamenti. Anticipando considerazioni su cui avremo modo di tornare si specifica che gli atti discriminatori non devono necessariamente tradursi in illeciti ma possono avere la natura più varia¹⁵⁷.

La seconda ipotesi di istigazione, punita più severamente alla lettera b), che prevede la sola pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, ha a oggetto atti di violenza o atti di provocazione alla violenza.

Con riferimento all'identificazione degli “atti di violenza” non sembrano,

¹⁵⁵ MARCO PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in «Diritto Penale e Processo» (2020), p. 1017; SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 30.

¹⁵⁶ Cass. Pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 33906 cit.

¹⁵⁷ SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 29.

in prima battuta, presentarsi particolari perplessità interpretative¹⁵⁸; invero, questi possono essere diretti tanto verso persone quanto verso oggetti. Un discorso diverso però vale per gli “atti di provocazione alla violenza” di cui è difficile fornire una definizione precisa¹⁵⁹. Sembrerebbe con questa previsione esprimersi l'intento del legislatore di anticipare ulteriormente la soglia di tutela.¹⁶⁰

In ogni caso la consumazione è fissata al momento in cui l'istigazione viene percepita dai destinatari, senza la necessità che venga accolta o che si verifichi un evento come sua conseguenza: si tratta, ancora una volta, di un reato di pura condotta.

Anche nell'ipotesi dell'istigazione siamo di fronte a un reato di pericolo, per cui non è necessaria la distruzione del bene giuridico tutelato. Anche qui si rimanda la trattazione approfondita del tema, che presenta una certa complessità, al § 5.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, l'istigazione, al pari della propaganda, è punita a titolo di dolo. Per il momento sia sufficiente anticipare che poiché il tema della sua esatta definizione richiama l'interpretazione della funzione svolta dai *motivi* di discriminazione, le specifiche tesi proposte dagli interpreti verranno analizzate congiuntamente al ruolo dei *motivi* nel § 2.5. Rispetto alla tipologia del dolo, se generico o specifico, la dottrina e la giurisprudenza appaiono tuttora divise

Conclusa la trattazione delle due ipotesi di istigazione previste dalle lettere a) e b) dell'art. 604-*bis* c.p., occorre ora tornare alla rubrica dell'articolo per svolgere a questo punto una riflessione conclusiva rispetto ai suoi contenuti.

Leggendo la rubrica dell'art. 604-*bis* c.p. (Propaganda e istigazione a

¹⁵⁸ Sul punto si tornerà più diffusamente nel prossimo capitolo poiché questa affermazione proveniente da parte della dottrina (ad esempio *Ibid.* p.29) è invece stata messa in discussione da altri interpreti.

¹⁵⁹ ALESSANDRO SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in «Discrimen | Rivista di diritto penale» (settembre 2018), p. 594.

¹⁶⁰ Si rinvia al prossimo capitolo per un'esposizione delle critiche dottrinali alla difficile definizione di questo elemento.

delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa) ci si potrebbe aspettare una fattispecie contenente un divieto sulla simile a quello dell'art. 414 c.p. intitolato "Istigazione a delinquere", che punisce: «*Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati [...] per il solo fatto dell'istigazione.*» L'analisi appena svolta dimostra però che l'art. 604-*bis* presenta un contenuto affatto diverso, a dispetto della somiglianza tra le rubriche.

L'istigazione e la propaganda proibita dall'art 604-*bis* c.p. sono relative a comportamenti che non sono necessariamente riconducibili alla sfera del delitto. Se per la commissione di atti violenti, infatti, si può integrare un'altra fattispecie di reato autonoma (come, ad esempio, il danneggiamento o lesioni personali), così che ci si trova effettivamente davanti a una "istigazione a delinquere", lo stesso non si può dire per la discriminazione, in quanto a essa non corrisponde un'autonoma fattispecie di reato. In altri termini si ha «*la possibilità di andare a colpire la condotta di incitamento anche laddove l'oggetto dell'istigazione configuri addirittura gli estremi di un fatto perfettamente lecito e che non potrebbe in ogni caso costituire reato, qualunque fossero le scelte adottate dal legislatore in materia di repressione della discriminazione razziale*»¹⁶¹.

Secondo questa interpretazione, quindi, all'interno della fattispecie rientrerebbero tanto condotte lecite quanto illecite, le ultime in particolare ipotizzabili nel caso della commissione di atti violenti. Senonché, valorizzando la clausola di sussidiarietà espressa posta in apertura dell'art. 604-*bis* c.p., è agevole concludere che qualora la condotta di commissione di atti discriminatori o violenti integrasse un reato e questo fosse più grave (sulla base del regime sanzionatorio), la fattispecie di cui all'art. 604-*bis* c.p. lascia il posto alla prima. In definitiva, la dicitura "propaganda ed istigazione a delinquere" sembra essere non del tutto rispondente al contenuto effettivo della

¹⁶¹ GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit. p. 11 che a sua volta riporta la citazione di DE FRANCESCO, DEL CORSO, MARZADURI, NOSENGO, MARTINI, *Commento al d.l. 26.4.1993, conv. Come modif. Dalla l. 25.6.1993, n. 205*, in *Leg. pen.*, 1994, p.186.

fattispecie¹⁶².

Terminata l'analisi delle ipotesi di istigazione, si può ora passare all'esposizione del problema inerente alla tipologia di pericolo tipizzata dal legislatore tanto per le ipotesi di cui alla lettera a) quanto per quelle di cui alla lettera b).

2.4 Il problema del pericolo.

Il tema della natura della messa in pericolo vietato dal primo comma dell'art. 604-*bis* c.p., inerente alla propaganda e all'istigazione, è tuttora dibattuto tra giurisprudenza e dottrina e richiede una trattazione dedicata. In sintesi, secondo parte della giurisprudenza di merito e per la dottrina maggioritaria¹⁶³, si tratterebbe di reati di pericolo concreto; secondo un altro orientamento dottrinale minoritario¹⁶⁴, invece, ci si troverebbe invece davanti a reati di pericolo astratto, avviso recentemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁵.

Ciò premesso, per procedere all'analisi è importante definire che cosa si intenda per reati di pericolo concreto e astratto¹⁶⁶. In assenza di una definizione codicistica ci si rimette alle indicazioni della dottrina e della giurisprudenza. Mentre nei reati di danno il bene giuridico tutelato deve essere lesa (o distrutto), nei reati di pericolo è sufficiente che questo venga messo in pericolo.

Nei reati di pericolo concreto il giudice deve valutare, secondo un criterio

¹⁶² LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 204.

¹⁶³ Di questo avviso tra gli altri: LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* in SILVIO RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, cit. p.130; CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p.19; GIUSEPPE PUGLISI, *La parola acuminata. contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit. p. 12; LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019, p. 209; MARILISA D'AMICO, CECILIA SICCARDI, *La Costituzione non odia*, Giappichelli, 2021, p. 44; SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 31.

¹⁶⁴ CARLO CITTERIO, *Discriminazione Razziale: Figure di Reato e Oscillazioni del Rigore Punitivo nel Tempo*, cit.

¹⁶⁵ Cass. Pen., Sez. III, 2015, n. 36906 *cit.*; Cass. Pen., Sez. VI, 26 novembre 2020, n. 33414.

¹⁶⁶ Per la ricostruzione delle differenze tra pericolo astratto e concreto che segue si è fatto riferimento a: GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2019⁸, pp. 218 ss.

di prognosi postuma *ex ante*, che il bene tutelato abbia effettivamente corso un pericolo di lesione; la valutazione deve essere svolta su “base totale” ossia tenendo conto di tutte le circostanze del caso, siano esse note o ignote all’agente. Per quanto riguarda il pericolo astratto, invece, il giudice si deve limitare ad accertare che sussistano tutti gli elementi del fatto tipico, senza valutare la concreta messa in pericolo del bene; infatti tale valutazione è già stata svolta in astratto dal legislatore che ha tipizzato la condotta secondo un giudizio di pericolosità, seguendo il criterio dell’*id quod plerumque accidit*.

In tale ultima eventualità, si è valutato in sede legislativa che la condotta è sufficientemente pericolosa per il bene che si intende tutelare e si può quindi prescindere da un accertamento caso per caso da parte del giudice. Occorre però precisare che talora si opta per un pericolo astratto per via del carattere collettivo del bene (come, ad esempio, nelle ipotesi dei reati ambientali): in ragione dell’estensione del bene che si intende tutelare sarebbe pressoché impossibile valutare l’impatto di una singola condotta come messa in pericolo significativa, essendo proprio il susseguirsi di condotte individualmente poco pericolose ciò che può mettere a repentaglio il bene protetto.

Si è in tal senso affermato che: «*vi sono [...] beni collettivi o super-individuali, come l’ambiente [...] che, per loro natura, possono essere danneggiati soltanto da condotte cumulative, vale a dire da molteplici condotte che si ripetono nel tempo: ciò rende impossibile provare che una singola condotta tipica sia in grado di provocare uno squilibrio [...]*»¹⁶⁷.

L’esempio tipico che ricorre¹⁶⁸ è quello dell’inquinamento di un fiume, che difficilmente potrebbe essere realizzato con una singola condotta di chi versa delle sostanze nocive nelle acque. Diversamente, se un simile atto non vietato fosse ripetuto nel tempo il risultato inquinante e quindi la lesione del bene si verificherebbe. Per evitare un simile esito il legislatore può optare per un arretramento della soglia di tutela, vietando le singole condotte di cui non è

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 221.

¹⁶⁸ ANIELLO NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, 2010, p. 79.

però agevole accertare la lesività individuale.

Fatta questa breve digressione si può tornare agli orientamenti espressi in dottrina e giurisprudenza rispetto al pericolo delle fattispecie di propaganda e istigazione di cui all'art. 604-*bis* c.p.

L'indirizzo che propende per il pericolo concreto¹⁶⁹, fa leva soprattutto sulla necessità di restituire sufficiente offensività ai reati, in virtù della limitazione che essi impongono alla libertà d'espressione. Invero si ritiene che affidando al giudice il compito di valutare caso per caso la pericolosità della condotta posta in essere, si potrebbero superare le critiche relative alla legittimità dei divieti in questione, punendo esclusivamente le ipotesi di manifestazione di pensiero che risultino concretamente pericolose, poiché capaci di suscitare l'adesione ideologica e la potenziale commissione di atti discriminatori o violenti nel senso indicato sopra. Come anticipato, questo orientamento è stato sposato tanto dalla giurisprudenza¹⁷⁰ quanto dalla dottrina maggioritaria.

Si è anche sostenuto¹⁷¹ che le condotte di propaganda e istigazione ledano concretamente il diritto a non essere discriminati e debbano per questo motivo essere ricondotte allo schema del pericolo concreto per la conseguente

¹⁶⁹ Vedi nota 161.

¹⁷⁰ Nella sentenza del Tribunale di Vercelli, 24 maggio 2017, n. 478, si afferma infatti che: «un ragionevole bilanciamento del richiamato principio di pari dignità, tutelato dall'art. 3 Cost., con quello di libertà di manifestazione del pensiero, espresso nell'art. 21 Cost., impone un accertamento della concreta pericolosità del fatto, attraverso una valutazione complessiva, anche alla luce del contesto in cui lo stesso è avvenuto».

Tuttavia, è interessante notare come nel prosieguo si richiami la sentenza Cass. Pen., Sez. III, 2015, n. 36906 *cit.* per affermare la necessità di valutare il contesto concreto in cui si verifica la condotta. Senonché la sentenza citata descrive il reato di propaganda e istigazione razzista come un reato di pericolo astratto. Leggendo il testo della decisione richiamata, si può ipotizzare che il rinvio sia inteso non alla categorizzazione espressa (vedi nota 172) ma all'affermazione successiva del seguente tenore: «Va evidenziato poi come, ai fini della valutazione complessiva del fatto, non possa essere indipendente la valutazione del contesto in cui lo stesso è avvenuto» e in seguito: «[...] Si è cercato di affermare che il bilanciamento di principi di rango costituzionale, che è in qualche modo sempre insito nell'analisi delle fattispecie criminose in esame, non deve portare a una compressione del principio di libera espressione sulla sola base di una valutazione astratta della pericolosità, quanto meno in quei casi nei quali il tipo di condotta contemplata nel paradigma della norma sanzionatrice non sia intrinsecamente caratterizzato da una carica offensiva suscettibile di recare pregiudizio al valore egualitario e non discriminatorio del principio di cui all'art. 3 Cost.» Nello stesso senso più recentemente: Cass. Pen., Sez. VI, 2020, n. 33414, *cit.*

¹⁷¹ LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* in SILVIO RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, *cit.* p. 135.

messa in pericolo del bene della pari dignità.

L'indirizzo che ravvisa reati di pericolo astratto è seguito prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità che in realtà spesso non basa queste affermazioni su precise argomentazioni¹⁷².

Secondo la dottrina minoritaria che sposa questo orientamento¹⁷³ sarebbe l'impraticabilità dell'impostazione di un pericolo concreto ad affidare al legislatore il compito di formulare la fattispecie sullo schema del pericolo astratto. Posto infatti che il pericolo concreto comporterebbe il rischio di un'ingente e indesiderabile variabilità di risultati, legata al compito eccessivamente discrezionale affidato al giudice, sarebbe preferibile demandare una simile scelta a monte al legislatore.

La volontà di sollevare il giudice da un compito così delicato sarebbe legata alla scarsa capacità selettiva delle condotte nella formulazione legislativa attuale; su questo punto si tornerà diffusamente nel prossimo capitolo.

Al contrasto qui brevemente riferito, si aggiunge che in certi casi le parole usate dalla giurisprudenza per descrivere la tipologia di pericolo sono contraddittorie rispetto alle categorie tipicamente scelte dalla dottrina e restituiscono un quadro confuso della classificazione in esame¹⁷⁴.

Analizzando da vicino molte delle pronunce e i reciproci rimandi da esse operati, emerge come spesso, anche nei casi in cui si reputino i reati di propaganda e istigazioni fattispecie di pericolo astratto, ci sia un'apertura verso

¹⁷² Nella nota sentenza Cass. Pen., Sez. III, 2015, n. 36906 cit., si afferma, parlando della propaganda di idee: «Si tratta di un reato di pura condotta, o di pericolo astratto, a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti». Non si fornisce tuttavia un approfondimento ulteriore sulla categorizzazione, aggiungendo un giudizio di equivalenza tra la classificazione di reato di pericolo astratto e reato di pura condotta che risulta quantomeno ambiguo e suscita una certa perplessità. Per una categorizzazione di pericolo astratto da parte della dottrina si veda: la nota 162.

¹⁷³ L'autrice a dire il vero propone la configurazione come reato di pericolo astratto in prospettiva *de iure condendo* a seguito di un intervento di riforma da parte del legislatore ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, 2020, pp. 377 ss.

¹⁷⁴ Nella sentenza Cass. Pen., Sez. I, 21 febbraio 2020, n. 6933 ad esempio si afferma: «[...] la natura di reato di pericolo astratto della fattispecie [...] imponeva che fosse accertata preliminarmente l'idoneità della condotta illecita [dell'imputata] a offendere il bene giuridico protetto dalla norma penale, contestualizzando il suo comportamento attraverso la formulazione di un giudizio *ex ante*».

la valutazione degli elementi concreti del contesto in cui si è realizzato il fatto.

In altre parole, la giurisprudenza di merito e di legittimità fa spesso propria la possibilità, richiamata dalla giurisprudenza costituzionale anche nel caso di pericolo astratto, di valutare concretamente le modalità di svolgimento della condotta e il contesto in cui questa avviene. Si riconosce in tal modo la possibilità di negare la sussistenza della responsabilità dell'autore del reato qualora si escluda che, nel caso di specie, il bene abbia corso qualsivoglia pericolo. La Corte ha infatti chiarito che:

«[...] nei reati di pericolo presunto, il giudice deve escludere la punibilità di fatti pure corrispondenti alla formulazione della norma incriminatrice, quando alla luce delle circostanze concrete manchi ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno»¹⁷⁵.

In questi termini si è affermato che anche i reati di pericolo presunto devono rispondere al principio di offensività in concreto, ossia superare la soglia minima della ragionevole possibilità di produzione del danno.

Nonostante questa possibilità di ravvicinare in qualche misura le diverse posizioni esposte il dibattito sulla classificazione del pericolo rimane tuttora irrisolto.

2.5 Il ruolo dei motivi e l'elemento soggettivo dell'istigazione.

In questo paragrafo si analizzeranno tre temi fondamentali riguardanti i “motivi” di discriminazione, già menzionati nella trattazione precedente, e il loro ruolo all'interno della fattispecie. In primo luogo, si esaminerà la funzione di identificazione dei motivi rispetto ai gruppi discriminati che oggi ricevono tutela dall'art. 604-*bis* c.p. Successivamente, in relazione a quanto esposto, verranno presentati alcuni recenti tentativi di estendere tale ambito di protezione ad altri gruppi tipicamente discriminati. Infine, si affronterà il

¹⁷⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 139 del 10 maggio 2023.

dibattito sulla tipologia di dolo sottesa alle condotte istigatorie punite, in cui i motivi assumono, secondo alcuni orientamenti, una funzione fondamentale.

Partendo dal primo ruolo dei motivi, si osserva che sia l'istigazione alla discriminazione che quella alla commissione di atti di violenza o provocazione alla violenza (lettera b) devono avvenire per motivi *razziali, etnici, nazionali o religiosi*. In questo modo si identificano i cosiddetti “*grounds of discrimination*” (secondo la terminologia delle fonti internazionali discusse nel capitolo precedente), definendo le basi su cui deve fondarsi l'intento discriminatorio e delimitando i gruppi a cui le vittime possono appartenere (gruppi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

Va notato che la dicitura «*motivi*» ha sostituito la precedente espressione «*sulla base della...*», presente fino alla novella del 1993. I motivi servono quindi a qualificare la discriminazione nel senso chiarito sopra, consentendo cioè di identificare il trattamento differenziale rilevante come “discriminazione razziale”. È chiaro, quindi, che in questo modo i motivi completano il significato della discriminazione, sia essa manifestata in atti discriminatori o in modalità violente di cui alla lettera b).

Invero, attraverso i *motivi* viene espresso lo specifico disvalore¹⁷⁶ delle fattispecie in esame, ossia la volontà dell'autore di incitare ad assumere determinati comportamenti negativi nei confronti delle vittime perché diverse. La differenziazione viene attuata mediante i criteri previsti dagli stessi *motivi*: la razza, l'etnia, la nazionalità, la religione. In particolare, rispetto all'istigazione alla commissione di atti di violenza, i comportamenti vengono connotati attraverso i *motivi* di discriminazione da una maggiore carica offensiva rispetto al “semplice” atto violento.

¹⁷⁶ In questo senso non si vuole tuttavia intendere che il disvalore stia nel motivo che anima l'agente, quanto piuttosto nella volontà di diffondere i sentimenti di astio e disprezzo negli ascoltatori, istigati nei confronti di vittime determinate sulla base della loro diversità. Come si dirà meglio in seguito, infatti, i *motivi* sembrano riguardare l'agire della persona istigata piuttosto che le ragioni dell'autore dell'istigazione, che rimangono invece irrilevanti.

Avendo messo a fuoco il ruolo selettivo dei motivi rispetto alle categorie protette, si deve ora osservare come l'elencazione operata in questa sede venga considerata tassativa. Risulta però interessante notare come, in relazione all'aggravante di cui all'art. 604-ter c.p., la giurisprudenza, in alcuni casi isolati, e nel tentativo di riempire un vuoto di tutela, ha esteso l'applicabilità della protezione antidiscriminatoria ad altre categorie non menzionate espressamente dalla lettera della norma¹⁷⁷. L'art. 604-ter c.p. non presenta la dicitura dei "motivi" ma delle "finalità", proseguendo però con un'elencazione identica a quella prevista dall'art. 604-bis c.p., in quanto è stabilito un aggravio sanzionatorio per i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo che siano stati commessi per «*finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale religioso*».

Soffermandoci brevemente sul punto, uno di questi casi risale a un'ordinanza del tribunale di Trieste del 2011¹⁷⁸ in cui il giudice reputò applicabile l'aggravante a fatti di matrice omofobica.

Nella decisione il tribunale estese l'ambito di tutela basando il proprio ragionamento sull'esistenza della particella avversativa "o" per collegare la finalità della *discriminazione* e dell'*odio*; sulla base di tale constatazione il giudice valutò che l'elencazione dell'odio etnico, nazionale, razziale, religioso non fosse riferita alla discriminazione.

Secondo questa interpretazione, quindi, la discriminazione intercettata dalla norma sarebbe potuta avvenire per motivi, o meglio, *finalità* ulteriori rispetto a quelle elencate, come la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, e sarebbe stato pertanto possibile applicare l'aggravante senza incorrere nel divieto di analogia.

Il secondo dei casi in esame riguarda invece una sentenza del Tribunale

¹⁷⁷ Per una ricostruzione di questo orientamento giurisprudenziale: PAOLO CAROLI, *La giurisprudenza penale italiana di fronte alle discriminazioni delle persone lgbtqi+.* una ricognizione sistematica del diritto vivente, in «Sistema Penale» (maggio 2023), pp. 11 ss.

¹⁷⁸ Ordinanza del Tribunale di Trieste, 2 dicembre 2011.

di Milano del 2022¹⁷⁹, dove il giudice optò per l'applicazione dell'aggravante a un'ipotesi di lesioni personali perpetrate anche in questa ipotesi per motivi omotransfobici. In tale seconda decisione però non viene fornita una motivazione da cui è agevole rinvenire il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice per compiere una simile operazione; risulta tuttavia dal testo della sentenza come il giudice si sia discostato dalla precedente decisione del Tribunale di Trieste valorizzando non tanto l'elemento della "discriminazione" quanto quello dell'odio.

In ogni caso si può affermare che, in linea di massima, queste soluzioni interpretative costituiscono ipotesi isolate nel panorama giurisprudenziale e non sembrano tracciare una strada percorribile senza incorrere nel divieto di analogia *in malam partem*, tenuto conto del carattere tassativo dei motivi¹⁸⁰.

Al fine di risolvere il vuoto di tutela lamentato dall'assenza di determinate categorie storicamente soggette a discriminazione nella normativa in esame, parte della dottrina si è dedicata a prospettare altre soluzioni. Il tema del contrasto alla discriminazione di genere e contro la comunità LGBT ha interessato, soprattutto negli ultimi anni, il dibattito pubblico e non solo giuridico ed è stato oggetto di diversi disegni di legge di cui si darà però conto nel capitolo V.

Giungendo quindi al terzo e ultimo aspetto da trattare in questo paragrafo, si ricorda quanto già anticipato rispetto al ruolo dei motivi quali fulcro delle argomentazioni inerenti all'elemento soggettivo delle condotte istigatorie punite dall'art. 604-*bis* c.p.

Come si era visto per la propaganda, anche con riferimento alla condotta di *istigazione* coesistono due orientamenti contrapposti relativi alla tipologia di dolo. I ragionamenti proposti per argomentare entrambe le posizioni sono

¹⁷⁹ Sentenza del Tribunale di Milano, 20 ottobre 2022.

¹⁸⁰ GIACOMO VIGGIANI, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere», 1 (2020), pp. 12-13.

pressoché identici a quelli svolti rispetto alla propaganda. Tuttavia, la giurisprudenza ha spesso distinto tra le ipotesi previste dalla lettera a) (propaganda e istigazione) e quella prevista dalla lettera b) rinvenendo solo nel secondo caso un'ipotesi di dolo specifico.

L'orientamento giurisprudenziale¹⁸¹ che opta per il dolo specifico si basa spesso sulla presenza dei *motivi* di discriminazione: in questi si rinviene la funzione teleologica richiesta dal dolo specifico, ovvero la finalità ulteriore a cui deve tendere la condotta affinché si integri l'elemento soggettivo del reato.

In particolar modo, si è sostenuto che mentre per la propaganda e l'istigazione l'intento discriminatorio sarebbe già insito nella condotta, proprio per la volontà di convincimento sottesa alla condotta comunicativa che propugna idee discriminatorie, lo stesso non vale nell'ipotesi di atti violenti o atti di provocazione alla violenza, che, in assenza di ulteriori connotazioni, hanno una valenza "neutra". Per intercettare il disvalore proprio dell'intento discriminatorio, nel caso di atti violenti (o di provocazione alla violenza) sarebbe invero necessaria la presenza dei motivi.

Si opera così la distinzione tra le ipotesi di istigazione di cui alla lettera a) e quelle alla lettera b), nonostante esista anche un orientamento¹⁸² che riconosce il dolo specifico pure per le ipotesi di istigazione alla discriminazione. In ogni caso, secondo il filone interpretativo¹⁸³ che opta per il dolo specifico nelle ipotesi *sub* b), nei "motivi" si rinverrebbe l'innesto per il dolo specifico, così che la discriminazione diventa una finalità.

A questa interpretazione è stato obiettato dalla dottrina¹⁸⁴ come i motivi costituiscano, non tanto il fine della condotta discriminatoria quanto la causa della stessa. Si è aggiunto poi che i motivi non riguarderebbero tanto l'azione di

¹⁸¹ Si veda ad esempio la sentenza del Tribunale Verona, 2 dicembre 2005, n. 2203 cit.

¹⁸² GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit. p. 11.

¹⁸³ SIMONE FERRARI, *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, cit. p. 165.

¹⁸⁴ LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di SILVIO RIONDATO, cit. pp. 117–145; ALESSANDRO SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, cit. p. 594.

chi istiga alla discriminazione o alla violenza, che potrebbe agire per un'infinità di motivazioni personali, politiche ecc., quanto la condotta discriminatoria che si vuole ingenerare negli ascoltatori. I destinatari della comunicazione dovrebbero quindi essere chiamati a discriminare sulla base dei *motivi* suddetti.

La questione risulta tuttora irrisolta, basandosi la distinzione sulla scelta di individuare il fine perseguito dall'autore, la sua volontà di persuadere i destinatari al compimento di atti discriminatori o violenti, come elemento insito nella condotta istigatoria oppure come ulteriore elemento di rappresentazione e volontà. In questo secondo caso si avrebbe il dolo specifico mentre nel primo la finalità discriminatoria che si persegue sarebbe un elemento connaturato all'istigazione.

Per l'orientamento che riconosce il dolo specifico si è affermato in dottrina che: «*l'interpretazione più corretta è che si tratti di delitto a dolo specifico, rientrando nell' [oggetto della] rappresentazione e volizione dell'agente prevista dalla norma incriminatrice il fine [il far commettere ad altri uno o più atti discriminatori per ragioni di razza o etnia] della condotta*»¹⁸⁵.

Con queste considerazioni si è conclusa la trattazione relativa al ruolo dei motivi ma anche l'analisi dell'art. 604-*bis* c.p. È ora quindi di concentrarci su ulteriori ipotesi di reato che possono intercettare i discorsi d'odio nel nostro ordinamento, a partire dalla diffamazione aggravata *ex art. 604-ter* c.p.

3. La diffamazione aggravata *ex art. 604-ter* c.p.

Come prospettato in apertura di questo capitolo, un'altra possibilità per intercettare i discorsi d'odio nel nostro ordinamento è fornita dalla diffamazione di cui all'art. 595 c.p. aggravata ai sensi dell'art. 604-*ter* c.p.

Senza pretese di completezza, nelle pagine che seguono si cercherà di

¹⁸⁵ GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit. p. 11.

fornire le coordinate principali per inquadrare tale specifica forma di repressione dell'*hate speech*, focalizzandoci in chiusura sul labile confine che separa questa ipotesi di reato con alcune delle condotte già analizzate.

Cominciando con ordine, l'art. 604-ter c.p. recita:

«Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà [...]»¹⁸⁶.

Come già detto è possibile che tale aggravante acceda al reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p.

La disposizione in esame punisce infatti *«chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, [...] con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a milletrecentadue euro»*.

Come si vede, la condotta descritta consiste nella comunicazione tra l'autore del reato e una o più persone che offenda la reputazione altrui.

Per quanto riguarda il bene giuridico, questo viene identificato dalla lettera della norma nell'onore della persona offesa. Gli sforzi interpretativi, volti a identificare il contenuto e i confini di tale interesse di tutela, hanno prodotto molteplici orientamenti.

Un primo e più risalente orientamento definisce l'onore nella sua concezione c.d. fattuale¹⁸⁷. Questa ricostruzione fa riferimento a un sentimento di stima che il soggetto prova verso sé stesso, ovvero che gli altri consociati nutrono nei suoi confronti. Ciò che viene tutelato è quindi un'opinione del valore attribuibile a un individuo, un elemento prettamente psicologico.

¹⁸⁶ L'articolo continua al secondo comma: «Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

¹⁸⁷ R. GUERRINI, F. BELLAGAMBA, *Delitti contro l'onore*, Giappichelli, 2010, pp. 3 ss. Ai quali si rimanda per un'analisi approfondita del bene giuridico e altri aspetti fondamentali della fattispecie in esame di cui in questa sede si possono riportare solo alcuni punti principali.

Questa concezione permette di distinguere l'onore secondo una percezione soggettiva, inerente al giudizio valoriale che il soggetto ha di sé, e una oggettiva (o reputazionale), inerente all'opinione che gli altri consociati hanno del soggetto. Sebbene tale ricostruzione presenti il pregio di evidenziare la dimensione psicosociale del bene, le critiche della dottrina sono state numerose.

In particolare, da un lato la soggettivazione del bene aveva permesso di estromettere dalla tutela soggetti che si reputava non potessero avere una concezione "onorevole" di sé stessi. In questo elenco rientravano tanto gli infermi di mente, quanto i minori o ancora i soggetti emarginati per ragioni socioeconomiche.

Dall'altro la relatività della concezione dell'onore come elemento psicologico portava necessariamente un coefficiente di indeterminatezza in conflitto con il principio di tassatività. Di fronte a queste problematiche si sviluppò così un secondo orientamento.

La tesi normativa concepisce invece l'onore come un dato innato e proprio di ogni essere umano che è quindi un attributo che esiste indipendentemente dalla valutazione dell'individuo interessato o degli altri consociati. Questa particolare impostazione si innesta sugli artt. 2 e 3 della Costituzione che, come noto, riconoscono la pari dignità sociale di tutti i cittadini. L'onore si sovrappone così con la dignità; si è in tal senso affermato¹⁸⁸ che: *«in questa prospettiva, ove [...] l'onore si confonde con la dignità, esso spetta a chiunque; ovviamente diverso – e connotato da un alone di indeterminatezza – è il suo livello di estensione, che varia da individuo a individuo anche a seconda del ruolo sociale».*

Proprio in virtù della indeterminatezza legata a questa impostazione, ma valorizzando al contempo gli aspetti positivi di entrambe le concezioni fin qui

¹⁸⁸ SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 205.

esposte, parte della dottrina¹⁸⁹ italiana ha elaborato una terza via, costituendo così, sulla scia della dottrina tedesca, una interpretazione eclettica dell'onore.

Secondo questo terzo orientamento l'onore dovrebbe essere inserito nel sistema costituzionale di diritti che è incentrato dell'individuo ed è volto a permettergli di realizzarsi all'interno della società grazie alle proprie relazioni.

Da questa sintesi quindi la lesione dell'onore rilevante ai fini della diffamazione è: *«la violazione del rapporto di riconoscimento che mira a garantire la suddetta autonomia e che ha per contenuto la dignità sociale dell'uomo. Su tale presupposto, l'onore viene, pertanto, proposto come oggetto di tutela "personalissimo", costituendo un valore intrinseco della persona in quanto direttamente correlato alla propria dignità e come tale obiettivamente protetto, a prescindere dall'opinione che il soggetto ha o che gli altri hanno del suo valore, ma nel contempo come bene avente una dimensione "sociale", strettamente connessa con la stessa natura sociale dell'individuo»*¹⁹⁰.

Così individuato il bene giuridico, occorre precisare che anche in questo caso si tratta di un reato comune, che può essere commesso da chiunque. Per quanto riguarda il soggetto passivo, come si è anticipato, le elaborazioni relative al bene giuridico tutelato hanno permesso di includere anche soggetti che storicamente erano considerati socialmente privi di onore¹⁹¹. Inoltre, è ad oggi pacifico¹⁹² che anche le persone giuridiche possano essere soggetti passivi di diffamazione.

A differenza delle ipotesi di propaganda e istigazione previste dall'art. 604-*bis* c.p., per la diffamazione è necessario che la persona offesa sia assente e che questa non sia tra i destinatari diretti della comunicazione (altrimenti si ricadrebbe nell'ingiuria, ad oggi depenalizzata); inoltre l'offesa oggetto della comunicazione deve essere percepita da almeno due persone.

Anche per questo reato la divulgazione può avvenire attraverso qualsiasi

¹⁸⁹ R. GUERRINI, F. BELLAGAMBA, *Delitti contro l'onore*, cit. p. 9. Si veda anche la giurisprudenza ivi citata.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 11.

¹⁹¹ A questa categoria venivano ricondotti ad esempio gli infermi di mente, i minori, le prostitute o i senza tetto.

¹⁹² R. GUERRINI, F. BELLAGAMBA, *Delitti contro l'onore*, cit. p. 26.

mezzo idoneo a rendere percepibile il contenuto del messaggio da parte dei destinatari. La consumazione si verifica quando l'offesa è percepibile e comprensibile per i destinatari.

Rispetto alla necessaria assenza della persona offesa di cui si è detto, si possono svolgere alcune osservazioni supplementari legate alle modalità diffuse permesse dalle odierne tecnologie.

La possibilità offerta dai mezzi di comunicazione *online* di interagire con un numero indefinito e potenzialmente illimitato di ascoltatori rende, a oggi, evanescente il discrimine costituito dalla presenza della persona offesa, risultando così difficile distinguere l'ingiuria dalla diffamazione. Questo fenomeno si verifica perché la comunicazione indirizzata genericamente a una pluralità di persone *online*¹⁹³ può essere percepita, contemporaneamente, dalla vittima, possibilità che viene peraltro amplificata dal meccanismo di ri-condivisione proprio dei *social network*. Inoltre, nel contesto puramente digitale, non si potrebbe propriamente parlare di “presenza” nel suo senso originario di collocazione fisico-spaziale. Nel valutare questo requisito occorrerebbe quindi valutare¹⁹⁴ sulla *ratio* sottesa alla maggiore gravità della diffamazione, il più intenso disvalore rispetto all'ingiuria andrebbe individuato non tanto all'assenza della vittima quanto piuttosto alla sua incapacità di difendersi¹⁹⁵.

In maniera coerente con questa impostazione, gli interpreti sono stati chiamati a elaborare ulteriori criteri per valutare la “presenza” del soggetto offeso nelle comunicazioni *online*. La giurisprudenza ha cercato di valorizzare, ora il carattere “contestuale” della comunicazione ora il carattere “chiuso” del canale attraverso il quale essa avviene.

Il primo criterio, della contestualità, serve a gestire una delle peculiarità

¹⁹³ Occorre specificare che per le ipotesi di diffamazione a mezzo *social network* la giurisprudenza costante predispone l'aggravante di cui al comma 3 dell'art. 595 c.p. configurandosi un'offesa arrecata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

¹⁹⁴ SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 206.

¹⁹⁵ *Ibid.*

della comunicazione *online*, ossia la possibilità che l'invio e la ricezione dei messaggi siano immediati, ma la loro percezione o lettura non avvenga nello stesso momento, ossia contestualmente. Nel primo caso quindi la vittima sarà considerata presente e quindi si configurerà l'ingiuria, diversamente, nel caso di comunicazione differita potrà integrarsi la diffamazione¹⁹⁶.

Passando al secondo criterio, poi, per la giurisprudenza se l'offesa viene diffusa attraverso una *chat* tra un numero finito e determinato di soggetti, tra cui la vittima e altri individui, si realizza un'ingiuria¹⁹⁷. Al contrario, se la comunicazione offensiva avviene tramite una piattaforma come *Facebook*, dove la diffusione può essere estremamente ampia, si ha una diffamazione aggravata *ex art. 595 c.p.*, anche laddove la stessa comunicazione venga percepita dalla vittima¹⁹⁸.

La differenza tra le due fattispecie risulta in ogni caso labile, tanto che parte della dottrina¹⁹⁹ auspica un'opera di razionalizzazione della disciplina da parte del legislatore. In particolare, si suggerisce di individuare il carattere distintivo della diffamazione nella diffusione della comunicazione a una pluralità di persone, indipendentemente dalla presenza della vittima.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il dolo è generico, essendo sufficiente che l'agente sia consapevole dell'idoneità offensiva della propria azione e che la comunicazione rivolta a più persone ricada nella sfera della sua volontà.

Occorre menzionare che il comma 2 dell'art. 595 c.p. predispone un trattamento sanzionatorio più severo se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Il comma successivo prevede ulteriori aggravanti, rispettivamente quando il fatto venga commesso a mezzo stampa, con qualsiasi

¹⁹⁶ Cass. Pen., Sez. V, 10 giugno 2022, n. 28675.

¹⁹⁷ Cass. Pen. Sez. V, 25 febbraio 2020, n. 10905.

¹⁹⁸ Cass. Pen. Sez. V, 6 luglio 2020, n. 22049.

¹⁹⁹ SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 207.

altro mezzo di pubblicità o in atto pubblico. Il comma 4 prevede un'ultima ipotesi di aggravio sanzionatorio qualora l'offesa sia «*recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio*».

Nell'ipotesi in cui la diffamazione è aggravata dall'art. 604-ter c.p., alla normale portata offensiva reputazionale di questo reato si somma il particolare disvalore dell'intento discriminatorio.

La giurisprudenza ha affermato che la l'aggravante in esame può essere integrata quando le modalità e il contesto dell'azione siano tali da renderla intenzionalmente volta a esternare un sentimento d'odio teso a coinvolgere gli ascoltatori, senza che sia invece rilevante il movente dell'attore: «[...] *Il tratto essenziale dell'aggravante risiede, infatti, nella consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, di un sentimento connotato dalla volontà di escludere condizioni di parità per ragioni fondate, sulla appartenenza della vittima a un'etnia, razza, nazionalità o religione, che si manifesta attraverso espressioni che, al di là del loro intrinseco carattere ingiurioso, appaiano sintomatiche dell'orientamento discriminatorio della condotta*»²⁰⁰.

Ancora si è affermato che: «[...] *non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, razziale, religioso, sia stato, più o meno riconoscibilmente, il sentimento che ha ispirato dall'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione*»²⁰¹.

È richiesto dunque che l'intento discriminatorio sia oggettivamente percepibile dall'esterno sulla base delle caratteristiche intrinseche della condotta e del contesto di realizzazione.

²⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 14200. In questo specifico caso l'aggravante accedeva al reato di atti persecutori ex art. 612-bis c.p.

²⁰¹ Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295. Il caso è relativo a un'ipotesi di ingiuria per cui la Cassazione esclude l'aggravante delle finalità discriminatorie.

Parte della dottrina ha poi osservato come il confine tra la diffamazione aggravata *ex art. 604-ter* c.p. e le ipotesi di propaganda sia molto labile, poiché: *«le condotte di propaganda e istigazione recano solitamente in sé una nota diffamatoria nei confronti degli appartenenti alle razze, etnie, nazioni o religioni»*²⁰².

Ciò comporta la necessità di valutare attentamente la sussunzione di una condotta nell'una o nell'altra ipotesi di reato. Secondo la giurisprudenza di merito, qualora ci si trovi davanti all'alternativa applicazione dell'*art. 604-bis* c.p. comma 1 (individuando un'ipotesi di propaganda) ovvero dell'*art. 604-ter* c.p. (valutando che sia integrata invece la diffamazione aggravata) si deve aver riguardo al carattere persuasivo della comunicazione.

Si è in particolare argomentato, in occasione di una riqualificazione in diffamazione di una condotta precedentemente identificata come propaganda che: *«[...] il concetto di propaganda di teorie razziste non è una semplice manifestazione di opinione ma è integrata da una condotta volta alla persuasione e a ottenere il consenso del pubblico, come può avvenire, ad esempio, nel corso di un comizio o di un'assemblea. La propaganda è integrata dalla divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni; si tratta della diffusione di idee caratterizzata dalla finalità di incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico»*²⁰³.

Tuttavia, valutando le indicazioni della giurisprudenza relative alla capacità persuasiva che deve essere veicolata dall'intento discriminatorio espresso dall'aggravante²⁰⁴, differenziare queste ipotesi risulta tuttora piuttosto complesso. Non sembra infatti possibile incentrare il discrimine tra le due fattispecie sulla portata persuasiva della comunicazione, in quanto questo è un requisito tanto della propaganda quanto dell'aggravante che accede alla diffamazione. Volendo mantenere tale criterio distintivo ci si potrebbe forse

²⁰²SERGIO SEMINARA *I delitti contro la persona* in ROBERTO BARTOLI, SERGIO SEMINARA, MARCO PELISSERO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, cit. p. 33.

²⁰³ Sentenza del Tribunale di Milano, 18 maggio 2017, Borghezio c. Kyenge.

²⁰⁴ Si rinvia alla citazione della Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295 cit. riportata sopra.

concentrare sulla portata più o meno ampia della comunicazione in relazione al contesto e al pubblico presente, optando nell'ipotesi di un discorso rivolto ad un'ampia platea di ascoltatori per la propaganda. Ma ancora una volta, le capacità di diffusione di messaggi permesse dai mezzi tecnologici rendono simili valutazioni particolarmente complesse e forse poco fruttuose.

4. Altre ipotesi di discorsi d'odio nell'ordinamento italiano (cenni).

Ragioni di sintesi hanno reso necessaria una selezione dei contenuti riguardanti i numerosi argomenti pertinenti all'indagine sui discorsi d'odio. Finora ci siamo concentrati sulle disposizioni presenti nel codice, finalizzate a sanzionare la propaganda, l'istigazione all'odio e alla discriminazione razziale, etnica o religiosa, nonché la diffamazione aggravata ex art. 604-*ter* c.p. Si è scelto di focalizzare l'attenzione su questi illeciti poiché rappresentano le fattispecie più generali di discorso d'odio con rilevanza penale nel nostro ordinamento. Tuttavia, questa trattazione non esaurisce i mezzi adottati dal legislatore per reprimere *l'hate speech*.

Nei due paragrafi seguenti presenteremo, seppur in modo riassuntivo, alcune altre norme funzionali alla repressione dei discorsi d'odio, che rivestono una rilevanza settoriale. L'analisi sarà organizzata secondo un criterio tematico. Inizieremo con la normativa antifascista, ponendo particolare attenzione sul rapporto tra queste disposizioni e le fattispecie antidiscriminatorie. Successivamente, affronteremo alcune disposizioni relative al tema del genocidio.

Per ciascun argomento, ci limiteremo a fornire cenni essenziali, senza poter approfondire tutti gli aspetti problematici connessi a queste disposizioni.

4.1 Il “saluto romano” è un discorso d'odio? La legislazione antifascista.

Come sappiamo, il legislatore del 1952, in attuazione della XII

disposizione transitoria finale della Costituzione, predispose una serie di divieti volti a contrastare, in maniera anticipata, il pericolo della ricostituzione del disciolto partito fascista. L'esigenza di tutela espressa nella disposizione transitoria finale e riflessa nella legge Scelba ha come referente storico-culturale l'immediato dopoguerra e la nascita della Repubblica italiana. Il tema della repressione dei fenomeni fascisti o neofascisti, tuttavia, continua a mantenere un certo rilievo e attualità, tanto da spingere a interrogarsi su numerosi spunti di riflessioni offerti dalla legislazione in esame per la società odierna.

Pur riconoscendo l'indubbio interesse dell'argomento, in queste pagine ci si limiterà a dar conto (sommariamente) dello specifico ruolo svolto dalla normativa antifascista nel contrasto ai discorsi d'odio.

Come già anticipato parlando delle fonti nel capitolo precedente, la prima presa di posizione del legislatore contro la discriminazione razzista in ambito penale si è avuta con la legge Scelba (legge 20 giugno 1952, n. 645). Si tratta, invero, di un divieto indiretto e incidentale, poiché la propaganda razzista costituisce soltanto una delle modalità di offesa rilevanti per la legge in questione²⁰⁵.

Successivamente, con la legge del 22 maggio 1975, n. 152, il legislatore inserì tale propaganda tra le modalità operative dei gruppi, delle associazioni e delle organizzazioni che si intendevano contrastare; in particolare, una simile condotta, a norma dell'art. 1, costituisce una delle attività prese in considerazione per stabilire quando si possa parlare di riorganizzazione del partito fascista. Due ulteriori articoli, gli artt. 4 e 5, puniscono rispettivamente l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste.

L'art. 4 rubricato "Apologia del fascismo" sancisce:

«Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità indicate nell'articolo 1 è punito

²⁰⁵ GIOVANNI PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, cit. p. 3.

con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 103 a 258 euro.

Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche. Se il fatto riguarda idee o metodi razzisti, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da 516 a 1032 euro[...]».

L'odierna formulazione dell'art. 4 è dovuta a due successivi interventi di modifica, operati dalla citata legge del 22 maggio 1975 n. 152 e in seguito dalla legge del 25 giugno 1993 n. 205, che interessarono in particolare il secondo comma.

Mentre il primo comma punisce la propaganda a favore della costituzione di un movimento, gruppo o associazione dotato delle caratteristiche descritte dall'art. 1 e che persegue le finalità ivi indicate, il secondo comma sanziona chi “esalta” pubblicamente il fascismo. L'esaltazione a cui si fa riferimento deve riguardare esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo nonché le sue finalità antidemocratiche e, a norma del secondo periodo del comma 2, se riguarda idee o metodi razzisti è previsto un aumento di pena.

Si nota da quanto appena riportato che la propaganda razzista costituisce solo una delle tante ipotesi che possono verificarsi ed essere riconducibili al reato di apologia in esame. In questo senso si sostiene il carattere solo eventuale della rilevanza della normativa rispetto al contrasto dei discorsi d'odio razziale.

La propaganda prevista dal comma 1 è infatti “mediata” poiché ha come referente diretto la costituzione di un gruppo, associazione o movimento, che tra le proprie finalità può avere quella di propaganda razzista. Nel secondo comma è invece descritta un'ipotesi più diretta di esaltazione del razzismo in quanto si punisce l'esaltazione degli esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo prevedendo un aggravio sanzionatorio qualora il fatto *riguardi idee o metodi razzisti*. La Corte costituzionale pochi anni dopo l'entrata in vigore della norma aveva chiarito la portata delle condotte sanzionate dall'art. 4 nei seguenti

termini: « *L'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista* »²⁰⁶.

Come anticipato, però, il ruolo della legge Scelba nel contrasto ai discorsi d'odio razzisti non si esaurisce nelle disposizioni appena analizzate. Un'ulteriore ipotesi in cui espressioni di incitamento all'odio possono essere intercettate dalla legge n. 645 del 1952 è prevista dall'art. 5 che vieta le *manifestazioni fasciste*. L'articolo punisce infatti: « *Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste [...]* ».

Le manifestazioni in oggetto possono concretizzarsi in espressioni verbali (ma anche gestuali) riconducibili alla categoria del discorso d'odio. In tal senso parte della giurisprudenza²⁰⁷ ha a lungo affermato che, ad esempio, il c.d. “saluto romano” riconducendosi all'ideologia fascista ha la portata comunicativa di un chiaro messaggio di matrice razzista e discriminatoria.

Tuttavia, come si chiarirà a breve, una simile constatazione del valore espressivo della condotta non è di per sé sufficiente per renderla punibile.

Per quanto riguarda l'identificazione del bene giuridico tutelato dalle disposizioni della legge Scelba, si rimanda a quanto accennato nel §2: secondo l'opinione maggioritaria, i divieti sarebbero posti a tutela dell'ordine democratico costituzionale o ideale²⁰⁸.

I reati previsti dagli artt. 4 e 5 della legge Scelba sono fattispecie di pericolo concreto, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale²⁰⁹, e

²⁰⁶ Corte costituzionale sentenza n. 1 del 1957. Rispetto all'identificazione della condotta apologetica vietata, la Corte costituzionale era stata chiamata ad esprimersi, qualificando l'apologia come un'istigazione indiretta (coerentemente con la qualificazione operata in relazione all'art. 414 c.p.)

²⁰⁷ Cass. Pen., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184 che richiama in Cass. Pen. Sez. I, 4 ottobre 1982, n. 11943: «in caso di “saluto romano” o “saluto fascista”, [...] tale gesto [rimanda], per comune nozione storica, all'ideologia fascista, e quindi ad una ideologia politica “sicuramente non portatrice dei valori paritari e di non violenza, ma, al contrario, fortemente discriminante ed intollerante” ».

²⁰⁸ DORA TARANTINO, *Diritto penale e «culto del littorio»*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2020), 1, p. 255.

²⁰⁹ Corte costituzionale sentenza n. 74 del 1958.

riaffermato dalla giurisprudenza di legittimità²¹⁰ e dalla dottrina²¹¹.

Il pericolo a cui si fa riferimento è quello della ricostituzione del disciolto partito fascista, che a sua volta comporterebbe un pericolo per la tenuta dell'ordinamento costituzionale democratico²¹². In particolare, riprendendo quanto prima anticipato, per integrare il reato di manifestazioni fasciste non è sufficiente il compimento di un gesto tipico del fascismo, quale ad esempio il “saluto romano”, ma è al contrario richiesto che gli elementi del contesto connotino il fatto di una sufficiente offensività e idoneità. La questione è stata chiarita dalla Corte costituzionale, chiamata a vagliare la legittimità della legge Scelba rispetto agli artt. 17 e 21 della Costituzione. Nella sentenza n. 74 del 1958 la Corte ha affermato che, affinché la condotta possa assumere rilevanza penale, l'atto 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».

Il ragionamento della Corte prende le mosse dall'interpretazione della *ratio* sottesa alla disposizione transitoria finale XII della Costituzione, ossia la volontà di impedire la ricostituzione del partito fascista attraverso una tutela anticipata e non limitata agli atti materiali di violenza²¹³.

²¹⁰ Cass. Pen. Sez. I, 02 marzo 2016 n. 11038; Cass. Pen., Sez. V, 18 aprile 2019 n. 36163; Cass. Pen., Sez. I, 17 febbraio 2023 n. 12049.

²¹¹ Recentemente in questo senso: FRANCESCA PARUZZO, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia “antirazzista” della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in «Osservatorio Costituzionale» (2024), 3, p. 116.

²¹² ALESSANDRO TESAURO, “*Le radici profonde non gelano*”, in «Sistema Penale» (gennaio 2024), p. 7. L'autore afferma che: «le singole manifestazioni di pensiero fascista sarebbero dunque punibili a patto che il giudice riesca a fornire adeguata dimostrazione processuale del pericolo effettivo di riorganizzazione del disciolto Partito fascista, cui si dovrebbe poter ulteriormente associare un pericolo di danni sostanziali realmente incombenti *hic et nunc* a carico dell'interesse vitale all'inalterabilità della scelta istituzionale a favore della democrazia costituzionale».

²¹³ Nello spiegare la portata della XII disposizione transitoria finale la corte affermò: «La XII disposizione transitoria va pertanto interpretata per quella che è, cioè quale norma costituzionale che enuncia un principio o indirizzo generale, la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro integrale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata. Riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale; ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi».

La giurisprudenza si è spinta oltre, valutando il contesto commemorativo come non idoneo a fondare un giudizio di pericolosità in concreto. Questa posizione è stata tuttavia aspramente criticata dalla dottrina²¹⁴.

Analizzando i divieti di manifestazioni fasciste, poi, sorge il problema relativo al rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 5 e l'ipotesi di reato attinguta pervista dall'art. 2 della legge Mancino.

L'art. 2 della legge n. 122 del 1993 punisce infatti: «*Chiunque, in pubbliche riunioni compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654*»²¹⁵. L'art. 3 della legge Reale a cui si fa rimando identifica i movimenti, i gruppi, le organizzazioni e le associazioni di riferimento come quelle «*aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*».

L'art. 2 della legge Mancino è particolarmente rilevante per la nostra trattazione a causa della vicinanza con le disposizioni di cui all'art. 604-*bis* c.p. Alcuni commentatori²¹⁶ hanno osservato come questa fattispecie fosse in passato ritenuta *sostanzialmente indistinguibile* dalla condotta di “*diffusione di idee in qualsiasi modo*” punita nella versione originale dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975 poiché si reputava che all'interno di tale ampia formula potessero ricomprendersi le condotte espressive vietate dall'art. 2 della legge Mancino.

Come si vede, anche in questo caso viene punita una condotta comunicativa, che ha a oggetto manifestazioni o simboli tipici di associazioni razziste e avviene nel contesto di una riunione pubblica. I simboli devono essere riconoscibili nell'ambiente sociale in cui si verificano e avere una sufficiente portata evocativa delle idee razziste e discriminatorie che si intendono

²¹⁴ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, Diritto Penale Contemporaneo (aprile 2019), pp. 1 ss.

²¹⁵ Il reato è punito a titolo di dolo con la reclusione fino a tre anni e la multa da 103 a 258 euro.

²¹⁶ DORA TARANTINO, *Diritto penale e «culto del littorio»*, cit. p. 255.

evocare²¹⁷.

Ciò premesso, comparando le due norme appena richiamate è evidente l'ampio ambito di potenziale sovrapposizione tra l'art. 5 della legge Scelba e l'art. 2 della legge Mancino. Questa caratteristica portò fin dalla prima introduzione di quest'ultima norma ad una prassi giurisprudenziale ondivaga e confusa rispetto ai criteri applicativi dell'una o dell'altra fattispecie²¹⁸.

Prima di analizzare succintamente i motivi di tale contrasto occorre accennare al criterio valorizzato dalla giurisprudenza²¹⁹ per distinguere le due ipotesi che si basa principalmente sull'oggetto del pericolo da essi integrato. Per quanto riguarda la disposizione della legge Scelba, questa si sarebbe dovuta applicare qualora il pericolo avesse riguardato, in particolare, la ricostituzione del *disciolto* partito fascista²²⁰. Nell'ipotesi in cui non si fosse rilevato questo rischio specifico, si sarebbe dovuto invece applicare l'art. 2 della legge Mancino. In tal caso, tuttavia, sarebbe gravato sul giudice il compito di identificare un'associazione (gruppo o movimento) esistente a cui facessero riferimento gli autori delle manifestazioni censurate²²¹.

²¹⁷ CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. p. 234.

²¹⁸ ALESSANDRO TESAURO, "Le radici profonde non gelano", in «Sistema Penale» (gennaio 2024), p. 9.

²¹⁹ *Ex multis* Cass. Pen., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 21409 con nota e commento di ANNA COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in «Diritto penale e processo», 2 (2020).

²²⁰ Questa impostazione, derivante dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 74 del 1958 che aveva sancito che per essere punibili le manifestazioni dovessero comportare il concreto pericolo di ricostituzione del *disciolto* partito fascista, era stata invece avversata da parte della dottrina che reputava sufficiente che si verificasse il pericolo di adesioni in massa alle idee razziste e violente proposte in un contesto suggestivo e pubblico. Si faccia riferimento a CARMELO LEOTTA, *Razzismo*, cit. pp. 33-34 e la giurisprudenza ivi citata.

²²¹ Nella sentenza Cass. Pen., Sez. I, 12 ottobre 2021, n. 7904 si fa riferimento al requisito imposto al giudice nei seguenti termini: «il profilo - da ritenersi ineludibile - della inerenza delle manifestazioni o gestualità ad associazioni o gruppi attivi e presenti nella realtà fenomenica attuale, cui si riferisce la disposizione incriminatrice in modo espresso (... propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, di cui all'art. 3 l. n. 654 del 1975) gruppi che vanno previamente identificati, allo scopo di comprendere se si tratti di aggregazioni umane che hanno tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Ciò in aderenza ai principi di tassatività delle norme incriminatrici e necessaria corrispondenza tra fatto concreto e fattispecie astratta». Questo orientamento, tuttavia, non è univoco in quanto un altro filone giurisprudenziale ha considerato la particolare fattispecie di "saluto romano" come un'eccezione rispetto alla regola di identificazione imposta al giudice. In questo senso: Cass. Pen., Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806. «[...]per le organizzazioni «non nominate» sarà compito del giudice di verificare e dimostrare che sono ispirate da ideologie discriminatorie, razziste, etc., e che compiono o invitano a compiere gli atti illeciti indicati dalla norma. Ne consegue che allorché il giudice penale sia chiamato ad applicare l'art. 2 l. n. 203 del 1993, con riguardo a un gruppo od organizzazione che si richiama alle ideologie fasciste o naziste, sarà esonerato dalla necessità di procedere all'accertamento della natura vietata dell'organizzazione investigata

La stessa impostazione era stata ripresa dalla dottrina nell'enucleare il criterio identificativo della fattispecie a cui ricondurre due fatti materialmente identici di "saluto romano". In particolare, qualora l'esposizione di simboli fascisti fosse finalizzata all'espressione di messaggi discriminatori, ma, valutando il contesto, tale condotta non integrasse il pericolo di ricostituzione del partito fascista, avrebbe trovato applicazione l'art. 2 della legge Mancino. Diversamente, nel caso in cui la manifestazione fosse priva dell'intento discriminatorio, si sarebbe dovuta ricondurre la condotta alla fattispecie prevista dalla legge Scelba «salvo il giudizio di offensività in concreto che la giurisprudenza formula in ottemperanza alle indicazioni della Consulta»²²².

Questa distinzione non è tuttavia riuscita a risolvere il contrasto giurisprudenziale relativo ai criteri applicativi delle due fattispecie, perché spesso, come già sottolineato, anche in ipotesi in cui il legame con l'ideologia fascista era evidente, si era scelto di applicare l'art. 2 della legge Mancino, valorizzando l'elemento discriminatorio sotteso alla condotta. Secondo alcuni interpreti, una simile soluzione sarebbe stata legata alla difficoltà di soddisfare il parametro, stabilito dalla Corte costituzionale già negli anni '50, per cui le condotte, per essere punibili a norma della legge Scelba, avrebbero dovuto integrare il pericolo concreto di ricostituzione del *disciolto* Partito fascista, come storicamente esistito²²³.

Tale stato di incertezza ha spinto recentemente le Sezioni Unite a intervenire per chiarire tanto i criteri di applicazione delle due fattispecie quanto i profili specifici del pericolo integrato nelle diverse ipotesi²²⁴.

La pronuncia delle Sezioni Unite confuta la tesi giurisprudenziale che

— al quale deve invece dedicarsi alla luce delle disposizioni della legge Mancino che non evocano nominativamente le organizzazioni vietate — potendosi affidare alla presunzione legale introdotta dalla legge Scelba».

²²² DORA TARANTINO, *Diritto penale e «culto del littorio»*, cit. p. 257

²²³ *Ibid.* p. 263.

²²⁴ L'intervento delle Sezioni Unite è stato sollecitato dalla prima sezione penale con la sentenza Cass. Pen., Sez. I, 22 settembre 2023, n. 38686.

sostiene esista un rapporto di specialità tra le fattispecie in esame nei seguenti termini:

«La condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla “chiamata del presente” e nel c.d. “saluto romano”, rituali entrambi evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, integra il delitto previsto dall’art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, sia idonea ad integrare il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. A determinate condizioni può configurarsi anche il delitto previsto dall’art. 2 del decreto-legge 26 aprile 1993, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205 che vieta il compimento di manifestazioni esteriori proprie o usuali di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Tra i due delitti non sussiste rapporto di specialità e possono concorrere sia materialmente che formalmente in presenza dei presupposti di legge»²²⁵.

Stando a quanto appena riportato, si esclude un rapporto di specialità tra le due fattispecie. Nonostante l’intervento delle Sezioni Unite, il notevole spazio di sovrapposizione delle fattispecie di manifestazioni fasciste e di manifestazioni tipiche delle organizzazioni di cui all’art. 3 della legge Reale persiste, considerando che una stessa condotta può integrare entrambi i reati. Seguendo le indicazioni fornite dalla pronuncia in esame è possibile che all’autore di un’unica manifestazione fascista vengano contestati entrambi i reati.

Per quanto concerne la nostra trattazione occorre quindi evidenziare il carattere fortemente sfumato dei perimetri applicativi delle fattispecie, insieme all’attiguità e, in alcuni casi, all’interferenza tra la normativa repressiva delle manifestazioni fasciste e quella più generalmente antidiscriminatoria esaminata nella prima parte di questo capitolo. Per completare il quadro si ricorda infine che anche la propaganda fascista e la propaganda razzista presentano tra di loro

²²⁵Cass. Sez. Un. Pen., 18 gennaio 2024, n. 16153.

un certo livello di sovrapponibilità; d'altra parte, il problema risulta qui attenuato dalla presenza della clausola di sussidiarietà espressa prevista dall'art. 604-*bis* c.p.²²⁶.

4.2 L'apologia di genocidio e il negazionismo.

Un altro insieme di norme che possono assumere rilievo per il contrasto dei discorsi d'odio riguarda l'apologia di genocidio e la particolare ipotesi del negazionismo.

Iniziando con le disposizioni relative all'apologia di genocidio, occorre anzitutto ricordare che la prima presa di posizione del legislatore nazionale sul tema avvenne con la ratifica della Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio dell'ONU del 1948, attuata dalla legge dell'11 marzo 1952, n. 153. L'art. 3 della Convenzione disponeva infatti che gli Stati firmatari vietassero le condotte di “pubblico e diretto incitamento al genocidio”.

Il legislatore italiano provvide all'introduzione di simili divieti con la legge 9 ottobre 1967, n. 962. Come ricordato nel capitolo II, §7.2, l'art. 8, rubricato “Pubblica istigazione e apologia”, punisce: «*Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, [...] per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente*». Le disposizioni richiamate degli artt. 1 e 5 vietano una serie di condotte costituenti rispettivamente “*atti diretti a commettere genocidio*” e “*atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori*”. Insieme all'istigazione pubblica a commettere uno di questi delitti viene punita anche la pubblica apologia degli stessi.

Senza volerci addentrare nelle specifiche di questa particolare ipotesi di

²²⁶ ANNA COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, cit. p. 223.

reato, si può tuttavia immediatamente notare il carattere discriminatorio delle manifestazioni di pensiero sanzionate da queste norme. Infatti, le condotte di genocidio cui si fa apologia o che si vogliono istigare rappresentano un'ipotesi estrema di discriminazione che giunge fino all'eliminazione di un gruppo etnico, nazionale o religioso attraverso, ad esempio, uccisioni o deportazioni di massa.

La Corte di cassazione²²⁷ si è espressa relativamente all'apologia di genocidio definendolo un reato di pura condotta per cui non è necessario verificare la concreta messa in pericolo del bene tutelato valutando la capacità persuasiva della condotta comunicativa.

Per completare l'analisi in corso, occorre ora menzionare un'ipotesi particolare di discorso d'odio, collegata al tema del genocidio, su cui la dottrina si è a lungo interrogata²²⁸: il negazionismo. Il tema è infatti molto vasto e oggetto di numerosissime trattazioni, per cui in queste pagine ci si limiterà a qualche cenno essenziale.

Come sappiamo, al negazionismo fu dedicato per la prima volta spazio nel nostro ordinamento nell'aggravante predisposta dal comma 3-*bis* dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975, mediante la legge n. 115 del 2016. Per la trattazione dell'*iter* che ha portato all'introduzione di questa disposizione si rimanda all'analisi svolta nel capitolo II, §7.2. In questa sede è sufficiente ricordare che la norma fu successivamente modificata nel 2017 e poi trasfusa nel noto art. 604-*bis* c.p. che ad oggi recita: «*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*

²²⁷ Cass. Pen., Sez. I, 29 marzo 1985, n. 507: «Il reato previsto dall'articolo 8 della legge speciale è un reato di pura condotta, che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'orrore che suscita nelle coscienze civili ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dai calvari ancora tragicamente attuali di talune popolazioni africane asiatiche. L'idoneità della condotta ad integrare gli estremi del reato non è già quella generale di un improbabile contagio di idee e di propositi genocidari, ma quella più strutturalmente semplice di manifestare chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di Genocidio». Come citata da: LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 173.

²²⁸

e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

Possiamo osservare come l'aggravante riguardi il pericolo concreto di diffusione di condotte discriminatorie causate dalla propaganda o dall'istigazione basate sulla negazione, che può essere parziale o totale, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della *Shoah* o di altri crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra. Anche in quest'ipotesi l'apologia di genocidio assume rilevanza non come condotta autonoma ma come oggetto, o meglio *base*, della propaganda o istigazione discriminatoria. Per quanto riguarda l'ipotesi di negazionismo propriamente detta, essa si integra attraverso due condotte che sembrano poste in una scala di intensità rispetto alla propria caratteristica principale: l'asserzione che un genocidio non sia mai avvenuto. Questo tipo di pensiero può essere infatti fondato su una negazione totale o parziale del genocidio o sulla sua minimizzazione grave. Si può notare come tali condotte si contrappongono con l'altra ipotesi vietata, quella di apologia, che come già ricordato costituisce un elogio per il genocidio che non si nega pertanto sia avvenuto.

Si è evidenziato in dottrina²²⁹ come la norma, differenziandosi dal modello europeo che ne ha imposto l'introduzione, non presenti il requisito della pubblicità della condotta, ma si focalizzi sul pericolo concreto di diffusione di condotte discriminatorie.

Nelle more dell'introduzione dell'aggravante in esame ci si domandava se il legislatore, per rispondere agli obblighi comunitari avrebbe optato per l'introduzione di una fattispecie di reato autonoma²³⁰ e alle possibili ricadute di una simile scelta sulla libertà di espressione, e in particolare, sulla libertà di ricerca storica²³¹. Il legislatore ha poi deciso di intervenire attraverso

²²⁹ MASSIMO DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria*, in «Sistema Penale» (2021), p. 10.

²³⁰ ANGELO SALVATORE SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2016), p. 283.

²³¹ DOMENICO PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2015),

l'introduzione di un'aggravante per i reati di propaganda e istigazione di cui all'art. 604-*bis* c.p. comma 1. In questo modo il disvalore proprio del negazionismo si innesta sulla fattispecie di propaganda e istigazione, risultando indispensabile che la negazione relativa al genocidio soddisfi *in primis* i requisiti di una delle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 604-*bis* c.p.

Il precipuo disvalore a cui si riconduce l'aggravio sanzionatorio sarebbe, secondo alcuni interpreti²³², la *memoria storica*, intesa come ulteriore specificazione della pari dignità umana delle persone appartenenti ai gruppi vittime di genocidio (un esempio tipico in letteratura è quello dei discendenti degli ebrei sopravvissuti alla *Shoah*). Tuttavia, questa ricostruzione è fortemente contestata da parte della dottrina²³³, che mette in dubbio che un siffatto bene possa giustificare una limitazione della libertà d'espressione e propende invece per uno scopo di tutela più ampio, relativo ai diritti fondamentali dell'uomo. Secondo altri, infine il disvalore della fattispecie starebbe nella negazione di una verità storica che costituisce il fondamento delle democrazie occidentali²³⁴, per questa ragione il negazionismo andrebbe trattato alla stregua di un reato di falso.

Parte delle preoccupazioni relative alla potenziale ingerenza sulla libertà d'espressione e di ricerca storica si sono ridimensionate a seguito della configurazione del negazionismo come aggravante e non come fattispecie autonoma. Si è in tal senso affermato che: «l'aggravante [...] se correttamente interpretata, non apre la strada alla follia di una penalizzazione debordante, intrusiva nella

4, pp. 327-328.

²³² MATTEO CAPUTO, *La «menzogna di Auschwitz», le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, *Diritto Penale Contemporaneo* (gennaio 2014), pp. 14 ss.

²³³ In questo senso: GIULIANO BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in «Criminalia» (2018), p. 29; ALBERTO MACCHIA, *Negazionismo, discriminazione e crimini d'odio: verso nuove frontiere?*, in «Cassazione Penale» (gennaio 2022), 1, pp. 31 ss. L'autore svolge una riflessione sull'impostazione dell'oggettività giuridica tutelata dovuta all'origine europea del divieto negazionista. Secondo Macchia il fulcro della necessità di tutela si troverebbe nella tutela dei diritti umani come macrocategoria, che sono quelli lesi dai crimini genocidari. In questo senso afferma che: «sembrerebbe, forse, più pertinente chiamare in gioco la salvaguardia dei valori fondanti una qualsiasi civiltà democratica, sullo specifico versante della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, come singolo e come espressione di una comunità, dal momento che, altrimenti, non sarebbe spiegabile il collegamento tra la tragedia dell'Olocausto e le "tragedie" che vengono presupposte attraverso il richiamo ai crimini di genocidio, ai crimini contro l'umanità e a quelli di guerra, come definiti dallo statuto della Corte internazionale» p. 32.

²³⁴ GIULIANO BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, cit. p. 30.

libertà di ricerca storica. Pensata come alternativa alla costruzione di una nuova fattispecie autonoma, l'aggravante non può essere travisata e slabbrata come se fosse una incriminazione a tutto campo di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista»²³⁵. Ancora si è sostenuto che al fine di evitare l'eccessiva estensione delle manifestazioni vietate, sia necessaria un'interpretazione restrittiva secondo cui « il negazionismo che può essere oggetto di valutazione giudiziaria è solo la falsificazione di fatti, e, nell'ottica della circostanza aggravante, è una negazione di fatti specifici che assuma significati ulteriori di propaganda o istigazione»²³⁶.

Con queste ultime osservazioni si conclude la sommaria trattazione dedicata a particolari forme di discorsi d'odio e ci si avvia alla chiusura del capitolo con alcune considerazioni finali.

5. Conclusioni.

In questo capitolo ci siamo dedicati all'analisi contenutistica delle principali fattispecie che nel nostro ordinamento possono intercettare i discorsi d'odio. Nel corso della trattazione si è dato un maggiore spazio alla normativa antidiscriminatoria, costituita dagli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., in ragione del loro carattere generale. Al contempo però si è cercato di analizzare senza pretese di completezza altre fattispecie, di rilevanza settoriale, che possono a loro volta essere impiegate nel contrasto degli *hate speech*. Da questa indagine sono emersi numerosi spunti, ma in sede conclusiva pare opportuno porre l'enfasi su alcuni punti principali.

Il primo è relativo al numero di fattispecie potenzialmente chiamate in causa nella repressione dei discorsi d'odio. Abbiamo visto come, nonostante il termine *hate speech* o 'discorso d'odio' non venga mai impiegato dal legislatore, numerose sono le fattispecie di propaganda, istigazione e apologia che, tenuto

²³⁵ DOMENICO PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit. p. 328

²³⁶ *Ibid.* p. 329.

conto del loro contenuto o meglio della loro direzione offensiva nei confronti di minoranze marginalizzate, svolgono questa funzione di tutela. A tale primo dato, relativo alla numerosità, se ne affianca subito un altro, quello dell'inevitabile (?) sovrapposizione dell'ambito applicativo delle varie fattispecie. Considerando come la materia antidiscriminatoria di cui ci siamo occupati è stata interessata da una notevole stratificazione normativa nel corso degli anni (come si è avuto modo di sottolineare nello scorso capitolo) e non ha mai ricevuto una sistematizzazione organica da parte del legislatore, non solo la sovrapposibilità delle fattispecie, ma la vera e propria interferenza tra le stesse risulta una realtà estremamente attuale e affatto sorprendente.

La confusione generata da questo assetto è stata oggetto delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali riportate in questo lavoro. Gli sforzi di sistematizzazione da parte degli interpreti, tuttavia, in ragione dell'ampiezza dei contenuti trattati si sono focalizzati principalmente sulle intersezioni tra singole previsioni, come ad esempio il confine esistente tra la diffamazione aggravata *ex art. 604-ter* e la propaganda *ex art. 604-bis* c.p., o quello tra le manifestazioni fasciste *ex art. 5* della legge Scelba e il reato di cui all'*art. 2* della legge Mancino.

Conclusa la descrizione dei contenuti delle norme, nel prossimo capitolo ci dedicheremo alle critiche elaborate dalla dottrina alla disciplina antidiscriminatoria di cui all'*art. 604-bis* c.p., sul piano della legittimità e della formulazione.

Capitolo Quarto

I PROBLEMI INERENTI ALLA REPRESSIONE PENALE DEI DISCORSI D'ODIO: TRA APORIE ED ESIGENZE DI TUTELA.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'opportunità della repressione penale dei discorsi d'odio e la legittima limitazione della libertà d'espressione. - 3. L'offensività delle condotte. - 4. I problemi di formulazione dell'art. 604-*bis*: la tassatività e la precisione. - 5. Le indicazioni della Corte EDU in materia di *hate speech*. - 6. La proporzionalità delle sanzioni e l'utilizzo simbolico del diritto penale. - 7. L'estensione della tutela ad altre categorie marginalizzate. - 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nelle pagine precedenti abbiamo analizzato le norme che nel nostro ordinamento permettono la repressione dei discorsi d'odio. Sulla base dei dati forniti da tale analisi ci occuperemo, in questo capitolo, delle critiche elaborate dalla dottrina. Occorre precisare da subito che tale esame si focalizzerà esclusivamente sugli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. in virtù del loro ruolo più generale, rispetto alle altre norme analizzate, nel contrasto dei discorsi discriminatori. Tale scelta è stata dettata dalla necessità, già rilevata in precedenza, di non dilatare ulteriormente l'ambito di ricerca del nostro lavoro: un simile risultato sarebbe infatti inevitabile qualora si scegliesse di affrontare le critiche elaborate dalla dottrina rispetto alle disposizioni di carattere più settoriale che si sono viste nel capitolo precedente. Tale approfondimento introdurrebbe infatti considerazioni specifiche relative all'ambito normativo di riferimento delle disposizioni in contrasto al fascismo o in materia di negazionismo. L'analisi degli aspetti problematici degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.

si svolgerà pertanto su cinque punti principali: la legittimità di un intervento penale in materia di *hate speech* (1), il rispetto del principio di offensività (2), le critiche inerenti alla formulazione dei divieti penali (2), la proporzionalità (4) e i vuoti di tutela inerenti all'attuale assetto normativo (5). Si dedicherà inoltre un paragrafo al ruolo della Corte EDU nel sistema convenzionale rispetto alla repressione penale dei discorsi d'odio.

Lasciando temporaneamente da parte l'ultimo argomento citato, occorre svolgere una precisazione. Nel perseguire l'obiettivo di esporre con sufficiente chiarezza tutti i principali aspetti critici relativi alle fattispecie di propaganda e istigazione, si è deciso di suddividere gli argomenti lungo le direttrici sopra individuate. Tuttavia, questa scelta è frutto di un tentativo di semplificazione, basato su un criterio di precedenza logica poiché le tematiche che verranno affrontate sono intimamente connesse.

Soffermandoci sul punto, la domanda di partenza, sottesa all'intero lavoro è la seguente: è opportuno punire i discorsi d'odio attraverso il diritto penale? La risposta a tale quesito relativo all'*an* dell'intervento penale presuppone che si verifichi l'astratta possibilità di bilanciare due interessi di tutela che entrano in contrasto nelle ipotesi di discorsi d'odio: la libertà di espressione e la dignità (o meglio la *pari dignità*) delle vittime. Senonché è evidente come l'opportunità della tutela penale e la contemporanea compressione di un contro interesse siano strettamente interconnessi con le modalità con cui il divieto viene attuato. Infatti, se da un lato una risposta negativa all'interrogativo relativo all'*an* dell'incriminazione sbarrerebbe la strada a ulteriori analisi relative al *quomodo* della stessa, è anche vero però che qualora risultasse impossibile formulare un divieto penale che rispetti i principi fondamentali della materia, si dovrebbe, almeno in teoria, rinunciare all'incriminazione.

Questa semplificazione logica, tuttavia, non può prescindere da una constatazione pratica: la presenza degli obblighi internazionali di incriminazione

gravanti sul nostro legislatore, di cui si è discusso nel capitolo II. Nonostante, quindi, l'*an* dell'incriminazione vada incontro a una risposta obbligata, per un'analisi completa risulta imprescindibile interrogarsi su tutti gli aspetti attinenti alla normativa in analisi, come del resto da tempo ha fatto la dottrina.

Fatta questa precisazione e riprendendo il filo del discorso, una volta conclusa la trattazione dei problemi di legittimità dell'art. 604-*bis*, si proseguirà con l'analisi relativa al rispetto del principio di offensività che è strettamente legata alla domanda iniziale sull'opportunità della punizione. Il fondamento di ogni intervento repressivo è infatti un interesse di tutela che non può prescindere a sua volta, sul piano del divieto che viene attuato, dall'individuazione delle condotte che possono offendere o aggredire il suddetto bene. Quindi si passerà alle critiche inerenti alla formulazione letterale delle norme contenute nell'art. 604-*bis*. A seguire si tratteranno i temi della proporzionalità e dell'utilizzo simbolico del diritto penale.

Dopo questa prima sezione, nella parte conclusiva del lavoro ci si concentrerà sul tema dell'ampliamento delle categorie tutelate. Si anticipa già che l'argomento ha una genesi interna al nostro ordinamento ma che le elaborazioni nel versante nazionale sono state arricchite dall'*input* della giurisprudenza della Corte EDU la cui esposizione è pertanto funzionale all'ultimo stadio dell'analisi.

2. L'opportunità della repressione penale dei discorsi d'odio e la legittimità delle limitazioni alla libertà d'espressione.

Conclusa l'introduzione sui contenuti e la struttura dell'esposizione di questo capitolo si può procedere con la trattazione del primo insieme di critiche inerenti alla legittimità della repressione penale dei discorsi d'odio.

Le perplessità che ci apprestiamo a esporre riguardano, più nello specifico, l'opportunità di sacrificare la libertà di espressione di alcuni individui

per favorire il diritto alla non discriminazione di altri, ritenuti particolarmente fragili perché appartenenti a minoranze già marginalizzate.

Iniziando dall'analisi delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, il tema della legittimità della repressione penale dei discorsi d'odio è stato posto in termini di compatibilità dei reati di propaganda e istigazione razziste con l'art. 21 della Costituzione, che sancisce la libertà di pensiero e opinione.

Nonostante i tentativi di sottoporre la normativa antidiscriminatoria allo scrutinio della Corte costituzionale, ad oggi la Consulta non ha ancora avuto occasione di esprimersi in merito poiché le censure di illegittimità non hanno mai superato il vaglio della Corte di cassazione²³⁷; quest'ultima si è però, a più riprese, espressa in senso contrario rispetto all'asserita incompatibilità tra il divieto di propaganda e istigazione e l'art. 21 della Cost. Si è infatti affermato che: *«Il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»*²³⁸.

La Corte in questo passaggio riconosce la possibilità di limitare il diritto fondamentale di cui all'art. 21 Cost. di fronte a meritevoli interessi di tutela, sedimentando il proprio pregresso orientamento²³⁹ secondo il quale la libertà d'espressione non costituisce un diritto assoluto ma può e deve, al contrario, essere bilanciata con eventuali altri diritti con cui entri in contrasto.

Un'altra argomentazione utilizzata dalla Corte muove dall'esclusione dei

²³⁷ IGNAZIO SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, 2020, p. 4.

²³⁸ Cass. Pen., Sez. III, 3 ottobre 2008, n. 37581.

²³⁹ Cass. Pen., Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655.

discorsi d'odio da quelli tutelati dalla Costituzione. Le idee di superiorità razziale, etnica o religiosa oggetto di propaganda o istigazione cadrebbero al di fuori della sfera applicativa dell'art. 21 Cost. perché confliggenti con i principi fondamentali dell'uguaglianza e pari dignità sociale di ogni individuo che ispirano la Costituzione²⁴⁰.

Questo tipo di ragionamento sottende un'impostazione teorica, detta "dei limiti logici" del diritto di libertà di espressione; secondo la quale non tutte le tipologie di pensiero rientrerebbero nell'ambito di tutela dell'art. 21. In sintesi, si ritiene che costituendo un invito ad agire, alcune categorie di pensieri – quelli di tipo fattivo – non godrebbero della tutela costituzionale tipica dei pensieri e delle opinioni.

A simili risposte provenienti dalla giurisprudenza, parte della dottrina oppone un parere contrario alla legittimità delle norme incriminatrici dei discorsi d'odio²⁴¹.

Tali argomentazioni possono essere ricondotte a due categorie. La prima consiste in una critica più generale e di carattere ideologico, contraria a ogni limitazione della libertà d'espressione per favorire un altro interesse di tutela. Questo orientamento enfatizza il ruolo centrale delle libertà garantite dall'art. 21 Cost. in un ordinamento democratico. La possibilità di discutere senza limiti contenutistici e di esprimere qualsiasi opinione costituisce infatti il fondamento, la *pietra angolare*²⁴² di uno Stato liberale. In particolare, tale impostazione nega la

²⁴⁰ Secondo la sentenza Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, n. 341: «La diffusione di idee fondate sulla superiorità della razza ariana, operata dai componenti di una associazione di stampo nazista, tramite volantini, articoli, libri, interviste e programmi televisivi, non rappresenta libera manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost. non potendo dilatarsi tale diritto sino a giustificare atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano altri principi di primaria rilevanza costituzionale e valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno ed internazionale. Le condotte incriminate integrano il reato previsto dall'art. 3 della legge 13.10.1975, n. 654 e giustificano la repressione della diffusione di idee e dei comportamenti connessi perché confliggono con il principio costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, il quale vieta gli atti di discriminazione razziale, nazionale o religiosa, tanto verso i cittadini quanto verso gli stranieri».

²⁴¹ Tra gli altri: ANDREA AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quaderni costituzionali» (2008), pp. 519 ss.; ANDREA PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, Diritto Penale Contemporaneo (luglio 2013), p. 83; MICHELA MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di ALFONSO DI GIOVINE, 2005, p. 15.

²⁴² Sentenza Corte costituzionale, 17 aprile 1969, n. 84.

possibilità di un bilanciamento tra questo diritto fondamentale e il diritto a non essere offesi che appartiene alle vittime dei discorsi discriminatori e della cui esistenza si dubita²⁴³. A queste critiche si possono accostare coloro che lamentano un uso (o meglio un abuso) del diritto penale in senso moraleggiante²⁴⁴, asserendo invece la necessità di un impiego laico, non volto a compiacere delle ideologie valoriali di gruppo.

Il secondo ordine di argomentazioni, che è invero spesso legato al primo, si rivolge più nello specifico al funzionamento di un eventuale bilanciamento di interessi tutelati, richiamando e mettendo in discussione il ruolo del bene giuridico sotteso all'art. 604-*bis* c.p.

I rilievi riconducibili a questo insieme di critiche si possono suddividere in due ulteriori categorie. La prima raccoglie il pensiero di chi nega in astratto la possibilità che il bene giuridico sia leso o messo in pericolo, argomentando a partire dal carattere intrinsecamente indeterminato e indeterminabile dello stesso. Questo versante dottrinale si è recentemente ridimensionato di fronte all'identificazione del bene nella pari dignità e alla copertura costituzionale fornita dagli artt. 2 e 3 della carta fondamentale.

La seconda tipologia di critiche è invece legata alla modalità con cui il bene giuridico può essere aggredito: si sostiene, in altre parole, l'impossibilità di una messa in pericolo o di una lesione del bene attraverso le condotte tipizzate dal legislatore e si nega così l'offensività dell'istigazione e della propaganda all'odio e alla discriminazione. Questo esito è condizionato non solo dalle scelte in concreto operate al momento della formulazione dei divieti ma anche dai caratteri o dalle qualità del bene giuridico evidenziate dalla prima categoria di critiche.

Di tali ultime considerazioni, che superano la soglia dell'opportunità

²⁴³ ANDREA PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. pp. 71 ss.

²⁴⁴ EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit. p. 72.; Si veda in particolare il riassunto delle posizioni dottrinali al riguardo e la letteratura richiamata da SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, Giappichelli, 2024, p. 70.

astratta di reprimere i discorsi d'odio attraverso il diritto penale e si occupano già di come procedere, si dirà nel prossimo paragrafo affrontando il tema dell'offensività. Tuttavia, si ricorda già in questa fase come i due piani di analisi, quello della possibilità di punire (per tutelare un altro bene giuridico) e quello della scelta delle condotte, che guarda alla formulazione delle fattispecie, risultano strettamente legate²⁴⁵.

In questo paragrafo ci concentreremo esclusivamente sulle critiche relative al bene giuridico tutelato dall'art. 604-*bis* c.p. Il fulcro dello scetticismo, come già visto, risiede nell'asserita impossibilità di svolgere un bilanciamento tra la libertà di espressione e qualsiasi altro contro-interesse.

Parte della dottrina sviluppa tale ragionamento passando in rassegna i possibili beni giuridici tutelati dalle norme da noi esaminate²⁴⁶. L'ordine pubblico ideale viene ritenuto insufficiente e anzi pericoloso per un diritto penale liberale perché portatore di una concezione collettiva della libertà di espressione e foriero di potenziali effetti ultra-repressivi. Secondo tale orientamento, la libertà di espressione deve essere considerata invece come un diritto appannaggio esclusivo del singolo, e perciò non assoggettabile ad alcun interesse pubblico.

Il secondo bene "candidato" preso in considerazione è quello dell'uguaglianza, considerato però in sé e non coniugato con quello della dignità. Esso viene escluso perché capace di giustificare la repressione di qualsiasi espressione di un giudizio valoriale per categorie, la stessa considerazione vale per la dignità, giudicandola come caratterizzata da eccessiva astrattezza. I sostenitori di questa tesi riconoscono, tuttavia, che tale ultimo bene potrebbe

²⁴⁵ Si è infatti affermata l'inevitabilità che «l'inafferrabilità di beni giuridici così declinati, per quanto non incoerente con la crisi che sta attraversando la nozione stessa di interesse tutelato, si rifletta inesorabilmente sulla struttura e sul contenuto della fattispecie che intenderebbe presidiarli, poiché finirebbe per essere costruita attorno a un pericolo di lesione non già astratto, stante l'impossibilità di attuare verifiche empiriche della sua derivazione dal fatto tipico, ma addirittura presunto, con buona pace del principio di offensività e delle sue oramai consolidate acquisizioni». FILIPPO BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in «Criminalia» (2018), pp. 270.

²⁴⁶ ANDREA PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. pp. 80 ss.

essere usato per giustificare la repressione qualora si fornissero delle regole per permettere ai giudici di valutare in concreto la pericolosità dei discorsi pronunciati. Questo tipo di suggerimento è condiviso pressoché unanimemente da tutti gli interpreti (e dalla giurisprudenza) che ammettono la possibilità di incriminare i discorsi d'odio²⁴⁷.

Una seconda impostazione, molto accreditata²⁴⁸ da quel versante della dottrina scettica rispetto della repressione dei discorsi d'odio, anziché vagliare tutti i possibili beni giuridici posti come contro-interessi alla libertà d'espressione, focalizza l'attenzione sulla dignità umana, ormai comunemente riconosciuta come bene primario sotteso alle incriminazioni oggetto di questa trattazione.

L'argomentazione fa leva su due caratteristiche della dignità umana per affermarne l'inidoneità quale bene giuridico atto a giustificare le incriminazioni in esame: la sua capacità espansiva e il carattere di diritto sovracostituzionale.

Per quanto riguarda la prima, si afferma che il concetto di dignità umana è difficilmente definito o definibile, capace di variare di significato e contenuto a seconda del periodo storico, della cultura e del sistema valoriale di riferimento. Una simile duttilità e carenza di confini certi renderebbe impraticabile l'utilizzo di questo bene come criterio selettivo volto a identificare le condotte lesive²⁴⁹. Tale aspetto problematico sarebbe amplificato dalla seconda caratteristica messa in luce da questo orientamento interpretativo: il rango di super-diritto attribuito alla dignità umana.

Più in particolare, il problema nell'utilizzare questo bene come

²⁴⁷ Esiste tuttavia l'avviso di chi ritenga più utile l'utilizzo di una valutazione astratta del legislatore rispetto alla pericolosità dei comportamenti, auspicando la scelta di un pericolo astratto, come si è visto trattando il tema nel capitolo precedente.

²⁴⁸ Questa impostazione è stata in particolar modo elaborata da ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, pp. 1 ss.

²⁴⁹ Per un punto di vista critico rispetto al bene della dignità umana: GIUSEPPE RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (settembre 2013), p. 100. L'autore si esprime nello specifico rispetto alle ipotesi di estensione della tutela antidiscriminatoria alla comunità LGBTQ ma la considerazione sul tema della dignità umana come bene giuridico hanno carattere generale. Dello stesso avviso GIANMARCO GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 32 (2017), p. 29.

contrappeso rispetto alla libertà d'espressione starebbe nel ruolo ad esso attribuito come pilastro su cui poggiano tutte le altre libertà garantite nella Costituzione. Configurando la dignità umana come immanente a tutti i diritti fondamentali e al contempo come trascendente ogni altro valore per il rango di diritto sovracostituzionale a essa attribuito, ogni bilanciamento risulterebbe impossibile: la dignità umana, più che oggetto di un eventuale bilanciamento con un altro bene, quale la libertà d'espressione, si attergerebbe a strumento stesso per tale operazione, sarebbe cioè il criterio utilizzato dal decisore chiamato a calibrare i piatti della bilancia. Invero, ogni tentativo di svolgere concretamente un giudizio volto a far prevalere un'altra libertà sarebbe predeterminato in partenza. Un simile risultato sarebbe inevitabile per via di una sorta di pregiudizio ideologico²⁵⁰ della giurisprudenza volto a tutelare in maniera assoluta la dignità umana così da farla prevalere sempre di fronte a qualsiasi contro-interesse.

In definitiva, il combinarsi delle due caratteristiche appena elencate renderebbe il bene in esame completamente inidoneo a svolgere la propria funzione selettiva e di garanzia.

A questa opinione altra parte della dottrina²⁵¹ ha opposto che l'importanza e il rango degli interessi tutelati dalla normativa antidiscriminatoria, confutando la tesi della vaghezza del concetto di dignità attraverso l'affiancamento ad esso del valore dell'uguaglianza²⁵². È in particolare la qualificazione della pari dignità nella sua dimensione relazionale a permettere, secondo questa impostazione, di superare i rilievi esposti.

La pari dignità umana viene identificata nel riconoscimento sociale che permette al soggetto di realizzarsi in quanto essere umano. In tal senso si è

²⁵⁰ ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, p.3.

²⁵¹ LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019, pp. 208 ss.

²⁵² Per una ricostruzione generale di questo approccio: ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, 2020, pp. 158 ss.

affermato che: «*Il rapporto di riconoscimento dell'altro consente di valorizzare il significato della dignità umana nella sua dimensione sociale. La dignità qui non rileva nei termini della percezione soggettiva che ognuno ha della propria dignità, né come tutela del gruppo discriminato in quanto tale: [si tratta] piuttosto [di] fare riferimento alla dimensione intersoggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni individuo, al quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esplicitare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali la stessa si colloca. Non è, dunque, una scelta di politica criminale contrastante con il principio di offensività in astratto*²⁵³».

Questo orientamento riconosce la pari dignità umana come un bene sufficientemente identificato e di un rango tale da permettere una limitazione della libertà d'espressione. La dimensione sociale del diritto rende possibile una delimitazione del contesto e del luogo²⁵⁴ in cui le offese arrecate possono risultare rilevanti, superando l'indeterminatezza lamentata. Non ci si domanda più se la dignità a cui si fa riferimento sia da intendere in senso soggettivo, quale percezione che la persona può avere di sé, e si fa riferimento invece alla possibilità del soggetto di vedersi riconosciuto l'insieme di diritti che gli permettono di realizzarsi in quanto essere umano parte di una società²⁵⁵.

Secondo alcuni studiosi la propaganda e l'istigazione sarebbero parimenti e autonomamente in grado di ledere²⁵⁶, e non solo mettere in pericolo, il *diritto a non essere discriminati*, il cui valore superiore ben può giustificare una limitazione della libertà d'espressione²⁵⁷.

²⁵³ MARCO PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in «Diritto Penale e Processo» (2020), p. 1020.

²⁵⁴ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. p.146.

²⁵⁵ MARCO PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit. p. 1020.

²⁵⁶ La capacità di ledere o mettere in pericolo un bene giuridico è stata ed è tuttora oggetto di numerosi dibattiti che verranno trattati nel prossimo paragrafo, parlando dell'offensività.

²⁵⁷ LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di SILVIO RIONDATO, cit. pp. 135 ss. Si è infatti affermato al riguardo che: «anche in ipotesi di “mera” propaganda od istigazione viene in rilievo la tutela del “diritto fondamentale” alla non discriminazione di determinati individui, o gruppi di individui, che devono essere “riconosciuti e rispettati” nei loro modi di vivere, stabilirsi, circolare, permanere (ad es.: nel comune in cui siano residenti), accedere ai pubblici esercizi, esservi serviti se decidano di entrarvi, utilizzare i servizi pubblici di cui intendano fruire, in ogni caso venendo accettati come tali, al pari di ogni altro cittadino o persona, nell'esplicazione di tutto quanto costituisce la loro quotidiana esistenza di persone (scuola, lavoro mantenimento di relazioni affettive e sociali, svago, ecc.)».

L'indirizzo che reputa la pari dignità soddisfacente come bene giuridico sotteso alle fattispecie in esame è rinforzato²⁵⁸ dal chiaro riconoscimento costituzionale fornito ai principi di dignità e uguaglianza presenti negli artt. 2 e 3 Cost. In definitiva, si è affermato che: *«per quanto sia indubbio che la dignità, nei molteplici settori nella quale viene evocata, presenti una carica ideale di particolare intensità, tale da renderne più sfumati i contorni di “bene giuridico” per assumere i connotati di una “sintesi categoriale”, di grandezza dal contenuto “assoluto” ma poco definito, dinanzi a fenomeni che attingono l'uomo nella sua stessa dimensione ontologica non ci si deve chiedere se il diritto penale debba occuparsene o meno, come invero da più parti è stato revocato in dubbio, né se il bene tutelato (la dignità o, se si preferisce seguendo il lessico del legislatore codicistico, l'eguaglianza) sia troppo evanescente o fumoso per accordargli protezione»*²⁵⁹.

In ogni caso come anticipato, a chiudere il cerchio rispetto alla legittimità dell'intervento penale in questione è la presenza degli obblighi internazionali di incriminazione di cui si è discusso nel capitolo II. Di fronte a tali obblighi, la presenza di divieti penali limitativi della libertà d'espressione risulta irrinunciabile risolvendo ogni discussione in ordine alla legittimità della tutela penale²⁶⁰.

In conclusione, alla domanda se sia permessa una limitazione della libertà d'espressione per i fini repressivi di fenomeni discriminatori e quindi, se per il legislatore sia possibile operare un bilanciamento delle diverse istanze di tutela

L'autore continua, elaborando ulteriormente: «il venir meno del “riconoscimento e rispetto” da par le di appartenenti meno dei vira 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”. Non occorre, dunque, cercare «ulteriori» offese o pericoli per qualsivoglia altro bene giuridico, di più ampia ed astratta dimensione (quale quello collettivo dell'ordine pubblico [...]), ovvero di diversa natura, quale quello individuale del l'incolumità fisica o psichica, o della «tranquillità di vita» da concrete violenze materiali, che la norma penale non richiede, ed il giudice non deve quindi accertare».

²⁵⁸ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. pp. 144 ss.

²⁵⁹ FILIPPO BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo*, cit. p. 284.

²⁶⁰ È pur vero che anche parte della dottrina che riconosce la legittimità delle incriminazioni sul piano del bilanciamento astratto degli interessi tutelati sottolinea come l'adesione e il recepimento delle fonti internazionali sia spesso apparso come una scelta del legislatore di conformarsi al pari delle altre nazioni senza un'adeguata ponderazione degli specifici equilibri costituzionali in gioco. Ciò avrebbe portato all'adozione di una normativa interna poco ragionata LUCIA SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit. p. 188.

coinvolte, si tende, sulla base delle considerazioni appena svolte, a rispondere affermativamente. Come anticipato però, le critiche relative alle scelte legislative di criminalizzazione della propaganda e istigazione non esauriscono il problema, legandosi spesso alle modalità specifiche in cui in divieti vengono formulati. Tali aspetti verranno trattati nelle prossime pagine.

3. L'offensività delle condotte.

Il tema a cui è dedicato questo paragrafo si ricollega con alcune delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti rispetto alla capacità selettiva del bene giuridico tutelato. Come si è anticipato, rimandando a questa sede per una trattazione più approfondita, i rilievi critici rispetto al carattere evanescente e indefinito della dignità umana hanno dei chiari risvolti sul piano dell'offensività, in quanto tale bene giuridico non permette di individuare le condotte che possano lederlo o metterlo in pericolo²⁶¹.

Il *deficit* di materialità e offensività è stato lamentato soprattutto rispetto alle condotte di cui alla lettera a) comma 1, pur non risparmiando le ipotesi di cui alla lettera b) dell'art. 604-*bis* c.p.

In particolare, la propaganda è stata, ed è tuttora, oggetto di pesanti critiche relative alla sua capacità offensiva. Benché, come più volte ricordato, tale condotta sia stata qualificata dalla giurisprudenza come contenente un *quid pluris* rispetto alla mera diffusione di idee, molti degli interpreti non si sono dimostrati convinti del cambio di paradigma e della capacità selettiva della stessa rispetto alla precedente condotta di diffondere idee.

Si è sostenuto, nei termini più estremi, che il legislatore, punendo la

²⁶¹ Si è in tal senso affermato che: «[...] concretezza ed afferrabilità empirica dei beni tutelabili sono requisiti strutturali che giovano, in ogni caso, ad una coerente implementazione del principio di offensività: in presenza di beni generici o ad ampio spettro, specie se a carattere immateriale, cresce infatti per un verso la difficoltà legislativa di descrivere con precisione la condotta tipica e, per altro verso, diventa problematico sul piano giudiziario accertarne l'effettivo impatto lesivo (anche in termini di concreta messa in pericolo). Si tratta di correlazioni strutturali tra oggetti e tecniche di tutela, che un legislatore avveduto non dovrebbe mai trascurare [...]». GIOVANNI FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in «Discrimen Rivista di diritto penale» (2019) p. 7.

propaganda si sarebbe spinto a vietare il pensiero²⁶². A tale visione si può però efficacemente obiettare che a essere punite non sono le intime convinzioni di un soggetto, che possono avere qualsiasi contenuto, in ossequio al principio per cui “*cogitationis poenam nemo patitur*”, ma solo alcune modalità espressive reputate particolarmente pericolose perché capaci di condizionare altri verso condotte discriminatorie²⁶³.

D'altra parte, una volta superata questa prima critica, ci dobbiamo confrontare con le problematiche che derivano dalla classificazione delle fattispecie come delitti di pericolo. È noto, infatti, che simili reati spesso si pongono in tensione con il principio di offensività.

Nel capitolo precedente abbiamo già affrontato le difficoltà legate alla ricostruzione della tipologia di pericolo, sia concreto che astratto; in questa sede è necessario considerare le osservazioni della dottrina che negano che la propaganda possa ledere o mettere in pericolo la *pari dignità umana*.

Tale condotta, lo ricordiamo, si distingue da una semplice diffusione di idee in virtù del *quid pluris* richiesto, che consiste nella capacità della propaganda di convincere gli ascoltatori ad agire in modo discriminatorio. Un simile esito, però, che produrrebbe il vero e proprio danno al bene giuridico della pari dignità, non deve necessariamente verificarsi affinché venga integrata la fattispecie.

Il fulcro della questione risiede quindi nella prova della presa che la condotta comunicativa vietata può avere sugli ascoltatori fino a spingerli ad agire in maniera discriminatoria, causando un secondo comportamento lesivo della pari dignità umana. Questo legame viene definito dalla dottrina “causabilità psichica”, in quanto non costituisce un vero e proprio nesso di causalità, ma un ipotetico futuro sviluppo prodotto dalla condotta incriminata.

²⁶² ALESSANDRO PACE, MICHELA MANETTI, *Commentario della Costituzione*. cit., p. 291.

²⁶³ Si veda ad esempio per una simile constatazione nella giurisprudenza la Sent. del Tribunale di Verona del 25 febbraio 2005 n. 2203 cit.

Il problema, secondo questa lettura critica, sta nell'assenza di leggi di copertura universali che possano fondare con un certo rigore scientifico il giudizio relativo alla probabilità che la condotta di incitamento produca ulteriori risvolti dannosi²⁶⁴. Secondo tale impostazione, dunque, la difficoltà riscontrata nello stabilire se concretamente il pericolo si sia realizzato sancisce un irrimediabile *deficit* di offensività, determinando un ingiustificato arretramento della soglia di tutela²⁶⁵.

Altra parte della dottrina²⁶⁶ obietta che già la propaganda e l'istigazione considerate isolatamente sarebbero invece in grado di mettere in pericolo il bene della dignità.

Questa impostazione sposta l'attenzione da un ipotetico danno futuro, dovuto a una susseguente condotta discriminatoria frutto dell'incitamento, a un pregiudizio immediato provocato alle vittime direttamente dalla propaganda razzista.

Si riprendono per sostenere simili argomentazioni le elaborazioni della *Critical Race Theory* (abbreviato *CRT*) sviluppate nell'ambito statunitense e che si sono citate nel primo capitolo di questo lavoro. In particolare, i sostenitori della tesi in esame²⁶⁷ argomentano che i soggetti appartenenti ai gruppi vittimizzati dai discorsi d'odio sarebbero spinti al silenzio a causa degli *bate speech* anche senza essere attaccate in prima persona (*silencing effect*), subendo così un danno indiretto.

Quando si era accennato a tale risultato nell'apertura di questo lavoro ci

²⁶⁴ ANTONIO VALLINI, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in «Studi sulla questione criminale», 1 (2020), p. 36.

²⁶⁵ Sul tema dell'eccessiva anticipazione della soglia di tutela, un'altra critica simile è specificamente rivolta agli atti di provocazione alla violenza. Si è sostenuto al riguardo che: «la condotta di istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza assume i tratti dell'istigazione di un'istigazione, determinando un'anticipazione estrema della tutela penale, incompatibile con le garanzie e con i principi costituzionali e quindi meritevole di essere espunta dall'ordinamento»²⁶⁵ SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. p. 226.

²⁶⁶ LORENZO PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale* SILVIO RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*. cit. p. 135.

²⁶⁷ LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019, p. 153 ss. L'autrice richiama nella sua esposizione le elaborazioni di JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, giugno 2012.

si era riferiti principalmente agli effetti negativi sul pluralismo del discorso pubblico, ma un altro ordine di conseguenze problematiche riguarda direttamente i singoli appartenenti ai gruppi marginalizzati. Si allude in particolare all'autoidentificazione negativa che sta alla base dell'estromissione dal dibattito pubblico, per cui le vittime, a seguito dei discorsi d'odio, inizierebbero a riconoscersi nelle connotazioni dispregiative a loro attribuite e a nutrire una disistima personale. Un simile stato psicologico negativo avrebbe notevoli e reali conseguenze sul benessere generale delle persone vittima di tale fenomeno.

Per meglio esemplificare il funzionamento di questo meccanismo sociale e psicologico si è spesso fatto uso di metafore ambientali. Le singole condotte comunicative non sarebbero in grado individualmente di provocare l'effetto psicologico sopra descritto; a tal fine sarebbe invece necessario un accumulo progressivo di vari discorsi. Questa dinamica (c.d. *drop by drop*)²⁶⁸, paragonabile alla modalità di avvelenamento delle acque di un fiume creato dal continuo scarico di materiali tossici, giustificherebbe un'anticipazione della tutela come quella prevista dalla punizione dei discorsi d'odio senza che sia necessaria la loro traduzione in condotte discriminatorie o violente.

A questa ricostruzione si contesta tuttavia²⁶⁹ l'attuale assenza di una validazione definitiva di questi fenomeni operata attraverso studi empirici. In altre parole, le evidenze scientifiche volte a suffragare le tesi appena descritte sarebbero tuttora insufficienti. Viene considerato particolarmente problematico l'accertamento dei danni subiti dai soggetti appartenenti ai gruppi-vittima che non vengano tuttavia presi di mira direttamente come avviene invece nell'ipotesi di una diffamazione o di un'ingiuria²⁷⁰. Un simile accertamento

²⁶⁸ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. p. 158.

²⁶⁹ Si veda in particolare l'analisi di GIORGIO PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Politica del diritto» (2008), pp. 300 ss.

²⁷⁰ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. p. 350; che cita a sua volta ALESSANDRO SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Rivista

presenterebbe le stesse difficoltà relative alla verifica della causalità psichica descritti più sopra²⁷¹.

Se è vero che non esiste ancora una dimostrazione definitiva, suffragata da un numero consistente di studi sugli effetti negativi psico-sociali sopra descritti, è anche vero però che, come affermato da parte della dottrina statunitense²⁷², ciò non dipende all'impossibilità astratta di ottenere una simile verifica quanto piuttosto dalla mancanza di adeguati investimenti nei suddetti studi, i quali peraltro sarebbero in corso di realizzazione.

Allo stato attuale delle cose, tuttavia, la certezza definitiva rispetto alla tenuta scientifica di queste tesi è assente. La questione rimane quindi sospesa, ma le indicazioni pervenuteci finora spingono a non ignorare gli effetti pregiudizievoli dei discorsi d'odio evidenziati dalla CRT.

Il giudizio delle critiche appena esposte, come si è detto, è più severo per la propaganda, in cui si ravvisa un'anticipazione della tutela ancora maggiore rispetto all'istigazione. Tale arretramento della punibilità viene individuato in due elementi: il primo è legato alla minore forza persuasiva che caratterizza la propaganda rispetto all'istigazione, il secondo riguarda l'oggetto della prima condotta, che è meno definito e consiste nelle "idee di odio e superiorità razziale etnica e nazionale".

Si è sostenuto al riguardo che: *«mentre [...] l'efficacia di un'istigazione (che è concetto a vocazione pragmatica, nel quale è implicato lo spingere altri ad agire) sta nell'influire, determinandolo, sull'altrui comportamento, l'efficacia di una propaganda sta invece nell'influire sulle altrui idee. Vero è che le idee sono il preludio dell'azione; ma il passaggio dalla propaganda alla effettiva o immediatamente possibile commissione di atti discriminatori o violenti è troppo labile e incerto perché, senza incorrere in interpretazioni brutalmente manipolative, lo si possa ritenere il cuore del disvalore del fatto. Propagandare,*

Italiana di Diritto e Procedura Penale» (2007), pp. 714.

²⁷¹ ALESSANDRO TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista.*, cit. p. 78.

²⁷² Si veda in particolare sul punto CHRIS DEMASKE, *Free Speech and Hate Speech in the United States: The Limits of Tolerance*, Routledge, ottobre 2020¹, pp. 18 ss.

insomma, non è istigare»²⁷³.

Si è valutato quindi che il cuore del disvalore della propaganda stia nel contenuto che si esprime, non essendo dato riscontrare conseguenze materiali, a meno che non si sposino le tesi che fanno riferimento alla *CRT* di cui si è detto nelle pagine precedenti.

Considerando questi elementi, di fronte all'impossibilità di rimediare al *deficit* di offensività, parte della dottrina²⁷⁴ si è spinta fino ad auspicare l'eliminazione dell'incriminazioni della propaganda *tout court*.

Davanti, tuttavia, all'obbligo di incriminare la propaganda (e a dire il vero la diffusione di idee in qualsiasi modo) altri interpreti hanno cercato di salvare l'incriminazione prospettando alcune soluzioni.

Una strada proposta, che però richiederebbe l'intervento del legislatore, è stata quella di ricomprendere esclusivamente le condotte comunicative di chi voglia persuadere altri a aderire a un progetto politico-istituzionale con finalità discriminatorie. Secondo questa ricostruzione la propaganda dovrebbe essere vietata:

«[...] quando – date quelle caratteristiche di diffusività – [essa] sia tesa a convogliare il consenso del pubblico riguardo alla istituzionalizzazione di un preciso progetto politico, di carattere razzista, considerato in quanto tale; a prescindere, cioè, da ogni prognosi concreta sul momento, i modi e i soggetti della sua futura attuazione, e sull'impatto che detta propaganda possa avere sulla psiche dei destinatari e su future, singole scelte criminose»²⁷⁵.

Senza spingersi fino a un progetto di riforma quale quello appena descritto, gran parte della dottrina auspica un intervento del legislatore volto a definire il requisito della messa in pericolo del bene all'interno della fattispecie.

²⁷³ ALESSANDRO SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in «Discrimen | Rivista di diritto penale» (settembre 2018), p. 599.

²⁷⁴ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. p. 421; simili posizioni erano state espresse anche in relazione alla "diffusione di idee in qualsiasi modo" si vedano MICHELA MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, cit. p. 15; EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit. p. 76.

²⁷⁵ ANTONIO VALLINI, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in «Studi sulla questione criminale», 1 (2020), p. 49 come citato da SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. p. 235

Secondo alcuni²⁷⁶ il pericolo dovrebbe essere tipizzato nella sua forma astratta, descrivendo tassativamente condotte comunicative selezionate per la propria autonoma capacità mettere in pericolo il bene. In questo modo si esimerebbe il giudice dal valutare la probabilità del verificarsi dell'ulteriore comportamento discriminatorio istigato. Secondo altri invece, che propendono per il pericolo concreto, «*l'aggiunta di una clausola di pericolo nel testo della disposizione consentirebbe l'accertamento giudiziale della pericolosità concreta rispetto all'evento oggetto di incitamento*»²⁷⁷.

Conclusa così la trattazione relativa al *deficit* di offensività delle fattispecie all'art. 604-*bis* c.p., nel prossimo paragrafo ci occuperemo dei problemi di formulazione delle fattispecie, relativi alla determinatezza e alla precisione.

4. I problemi di formulazione dell'art. 604-*bis*: la tassatività e la precisione.

Le critiche sulla formulazione delle disposizioni di cui all'art. 604-*bis* c.p. si snodano attraverso la declinazione di canoni del diritto penale riconosciuti come espressione del principio di legalità dall'art. 25 comma 2 Cost: la tassatività e la precisione.

L'art. 604-*bis* c.p. e le sue precedenti formulazioni sono state criticate per la presenza di elementi normativi extra-giuridici privi di una definizione fornita dal legislatore. I concetti su cui ci focalizzeremo sono inoltre di non immediata comprensione ai fini penali e spesso caratterizzati da eccessiva ambiguità.

Partiamo dai concetti di “odio”, “superiorità razziale” e “discriminazione”. Tutti e tre vengono criticati per la loro scarsa portata selettiva con ricadute negative sulla precisione e la tassatività delle fattispecie.

²⁷⁶ ALESSANDRA GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, cit. p. 395.

²⁷⁷ CORRADO CARUSO, *La libertà di espressione in azione.*, Bononia University Press, 2021, p. 263.

L'odio richiamato dalla norma è stato considerato un concetto evocativo-emozionale eccessivamente ambiguo²⁷⁸. In dottrina è stato definito come uno «*stato passionale [che] integra — in progressione aggressiva — i sentimenti della rabbia, del vituperio e del disprezzo, che affiorano dall'animo umano*»²⁷⁹.

Come visto nel capitolo precedente (§ 2.2) l'attività supplente della giurisprudenza ha cercato di delimitare i margini dell'odio penalmente significativo; tali approdi sono stati peraltro valutati come insoddisfacenti da parte della dottrina, secondo la quale «*il concetto di 'crimine d'odio' sconta [...] un'indeterminatezza di fondo: si tratta di una definizione cosiddetta 'ostensiva', ossia che procede non attraverso un'esauritiva esplicazione del definiens (l'odio), ma attraverso una individuazione del definiendum (l'esempio concreto)*»²⁸⁰.

La superiorità razziale a sua volta è stata criticata perché potenzialmente capace di «*ricomprendere qualsiasi discorso o considerazione, in qualsiasi sede svolti ed in qualunque modo articolati, financo di antropologia culturale*»²⁸¹.

Per quanto riguarda poi la discriminazione, si è già visto come la giurisprudenza abbia tentato di rimediare anche in questo caso richiamando la definizione fornita dalla Convenzione di New York del 1965 e quella del Testo Unico sull'Immigrazione. Questi sforzi sono stati tuttavia reputati ancora insufficienti da parte della dottrina²⁸².

Si è infatti criticata l'opportunità di richiamare ai fini penali definizioni pensate per altri ambiti giuridici, quale quello civile, amministrativo o giuslavoristico, evidenziandosi come esse soddisfino delle esigenze proprie dei contesti di appartenenza. Inoltre, tale ruolo di supplenza attribuito a fonti

²⁷⁸ Tra i molti EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit. p. 69 che a sua volta richiama CARLO FIORE, *I reati di opinione*, CEDAM, 1972, p. 169..

²⁷⁹ GIUSEPPE 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), 3 p. 12.

²⁸⁰ FEDERICO BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, Giappichelli, 2018 p. 200 che viene citato anche da GIUSEPPE PUGLISI, *La parola acuminata*, cit. p. 12. Si noti come la critica sia a sua volta mutuata dalle elaborazioni di alcuni autori statunitensi relativa più in generale ai crimini d'odio.

²⁸¹ LUIGI STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Critica del Diritto», 1 (1994), p. 17.

²⁸² Si rimanda per un'esauritiva analisi del deficit di determinatezza e precisione lamentata a: SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. pp. 99 ss. L'intero lavoro dell'autrice svolge un'attenta ricostruzione delle problematiche in esame che non può essere riportata in questa sede e alla cui si fa pertanto rimando.

provenienti da altri settori dell'ordinamento è stato considerato problematico anche per il possibile conflitto tra i contenuti delle diverse e numerose definizioni²⁸³.

Anche la Convenzione di New York, considerata una fonte per così dire “privilegiata” per il ruolo che svolge rispetto alla normativa antidiscriminatoria interna, fornirebbe una definizione carente sul piano della precisione e caratterizzata da un'eccessiva estensione.

Simili critiche sono difficilmente confutabili ed è indubbio che un intervento legislativo volto a chiarire la portata del termine avrebbe senz'altro risvolti positivi.

Lo stesso difetto di precisione è stato asserito per quanto riguarda la violenza e gli atti di provocazione alla violenza²⁸⁴. In particolare, in assenza di un'ulteriore specificazione del termine si è paventato²⁸⁵ il rischio di un'interpretazione eccessivamente ampia del concetto di violenza, volta a comprendere non solo le estrinsecazioni di energia fisica ma anche le ipotesi di coazione psicologica. Questa perplessità può tuttavia essere superata nella pratica favorendo un'interpretazione restrittiva che non prenda in considerazione le ipotesi di c.d. violenza impropria.

A tali critiche, che lamentano un *deficit* nella tecnica di formulazione scelta dal legislatore, si affianca il problema del conseguente ruolo interpretativo affidato ai giudici per supplire a dette mancanze. Da un lato abbiamo visto che se anche virtualmente tale attività interpretativa permette di risolvere alcune delle questioni sollevate, colmando un vuoto, un simile operato è reputato spesso insufficiente e poco opportuno, in ragione delle diverse materie a cui appartengono i concetti presi in prestito per tali operazioni di supplenza. Dall'altro a ciò si aggiunge il problematico risvolto sulla certezza del diritto

²⁸³ *Ibid.* p. 100.

²⁸⁴ LUIGI STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit. p. 16.

²⁸⁵ SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. pp. 220 ss.

legato al ruolo creativo che viene demandato ai giudici: infatti non esistendo una definizione legislativa universalmente valida, il perimetro di tali concetti rischia di essere definito volta per volta in maniera diversa a seconda della sensibilità dei giudici a cui è rimesso il compito di colmare le lacune. Rispetto a tale criticità basti ricordare quanto esposto in relazione alla valutazione del pericolo e alle incertezze interpretative provocate dalle pronunce contraddittorie tanto dei giudici di merito quanto del giudice di legittimità.

Anche secondo i commentatori più scettici, i problemi appena esposti potrebbero essere eliminati grazie a un intervento del legislatore²⁸⁶. Parte della dottrina animata dall'intento di risolvere le tensioni con il principio di legalità, senza peraltro optare per l'abrogazione dell'art. 604-*bis* c.p., ha sottolineato come queste carenze di precisione e tassatività potrebbero superarsi prendendo ad esempio legislazioni equivalenti in altri ordinamenti, come quelli francese o spagnolo²⁸⁷.

L'analisi finora svolta ha tenuto distinti i piani della legittimità, dell'offensività e della precisione, ma è indubbio che tra le diverse problematiche esposte esista una forte correlazione. Del legame tra la legittimità e l'offensività si è detto nelle rispettive sedi; per quanto riguarda i problemi di formulazione esposti in questo paragrafo, essi hanno un chiaro riflesso sul piano dell'offensività in quanto rendono ancora più incerti i confini delle condotte vietate. Si pensi ad esempio alla propaganda: come abbiamo più volte ripetuto, affinché venga punita è necessario che la condotta comunicativa abbia l'idoneità di spingere l'ascoltatore a compiere atti discriminatori. Ciò premesso, è chiaro che per vagliare l'idoneità della condotta risulta quindi necessario stabilire in che cosa consista la discriminazione rilevante *ex art. 604-bis* c.p.

Con questa osservazione si conclude la trattazione dei problemi di

²⁸⁶ ANDREA PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. p. 79. L'autore che esprime in generale un parere sfavorevole nei confronti della repressione penale dei discorsi d'odio ammette che i problemi relativi alla tassatività-determinatezza delle fattispecie non costituiscono difficoltà insuperabili.

²⁸⁷ LUCIANA GOISIS, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, cit. p. 207.

formulazione identificati dalla nostra dottrina.

Nell'analisi svolta finora ci si è attenuti, valutando la normativa, alla giurisprudenza e alle interpretazioni interne al nostro ordinamento; tuttavia, un ruolo non secondario nell'identificazione della legittimità della compressione dei diritti fondamentali per scopi di tutela è svolto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nel paragrafo seguente, pertanto, analizzeremo le indicazioni provenienti dalla Corte EDU per valutare se possano essere utili a superare alcune delle aporie presentate.

5. Le indicazioni della Corte EDU in materia di *hate speech*.

Abbiamo visto nel capitolo precedente come la CEDU non preveda una norma specifica in materia di *hate speech*, ma ammetta la possibilità di apporre limiti alla libertà di espressione e sancisca il divieto di esercitare il diritto a manifestare la propria opinione per distruggere le altre libertà garantite dalla Convenzione, quali il diritto alla non discriminazione.

Grazie a questa impostazione è pertanto possibile per gli Stati aderenti alla Convenzione, tra cui l'Italia, predisporre dei divieti che limitino la libertà d'espressione senza violare l'art. 10. Le modalità con cui queste limitazioni possono avvenire ed essere repute legittime sono state specificate dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Senza limitarsi quindi ad ammettere generiche compressioni della libertà di espressione, le decisioni della Corte hanno affrontato espressamente il tema delle c.d. *hate speech laws* e della loro compatibilità con la CEDU. Attenendoci a una trattazione sintetica del vastissimo argomento in questione, ci focalizzeremo su alcuni punti fondamentali. Il primo è relativo all'esplicito riconoscimento in via giurisprudenziale della compatibilità delle norme repressive dei discorsi d'odio con il sistema di tutela della Convenzione. Il secondo riguarda invece la categorizzazione di diverse tipologie di discorsi d'odio in ragione della loro gravità; vedremo infatti che da tale distinzione

discendono importanti conseguenze sul piano della normativa CEDU applicabile. A questo aspetto si ricollega il terzo punto, relativo ai requisiti predisposti dall'art. 10 affinché la normativa nazionale volta a limitarli risulti legittima.

Partendo dal primo punto, come si diceva, la Corte ha dichiarato espressamente e a più riprese la possibilità di limitare la libertà d'espressione valutando quest'ultima un diritto non assoluto. In questo senso ha affermato che la libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU comporta delle responsabilità per il suo esercizio e ha riconosciuto la legittimità delle restrizioni operate dagli Stati membri in ipotesi di discorsi a contenuto discriminatorio²⁸⁸.

Sull'astratta possibilità di porre dei limiti alla libertà d'espressione per combattere i discorsi d'odio, quindi, non sussistono dubbi.

Più articolato è il discorso relativo alla valutazione dei divieti posti a questo fine, la cui legittimità dipende, secondo la Corte, dal secondo punto di cui ci occuperemo: il grado di gravità dell'espressione punita.

Soffermandoci sul tema, la Corte ha più volte ribadito che la propria concezione di *hate speech* si basa su una classificazione dei discorsi d'odio divisa in due categorie, la prima dedicata alle ipotesi più gravi e la seconda a quelle meno gravi²⁸⁹.

Nella prima categoria ricadono i casi in cui il discorso sia volto a “*incitare alla violenza e all'odio*”, un fine contrario agli scopi di tutela della Convenzione, che può ricadere nella sfera di applicazione dell'art. 17. La Corte ha tuttavia specificato che l'esclusione dall'ambito di protezione dell'art. 10, attraverso l'applicazione del divieto dell'art. 17, può operare esclusivamente nei casi più gravi e deve costituire una circostanza eccezionale, giustificata dall'entità dell'abuso della libertà d'espressione. In altre parole, solo i discorsi d'odio più

²⁸⁸ Si veda ad esempio: *Gunduz v. Turkey*, ECHR (4 dicembre 2003), § 37; *Vejdeland and Others v. Sweden*, ECHR (9 febbraio 2012), § 55.

²⁸⁹ *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, ECHR (12 maggio 2020), §§34-35.

estremi possono far sì che l'applicazione dell'art. 17 escluda la tutela apprestata dall'art. 10 impedendo quindi di sindacare la decisione delle autorità nazionali volta a punire il discorso in questione.

Fondamentali risultano gli indici di gravità presi in considerazione dalla Corte. In generale essi sembrano riconducibili all'intento dell'autore di manifestare un pensiero volto a compromettere, attraverso la sua comunicazione, l'esercizio altrui di una delle altre libertà fondamentali garantite dalla CEDU, quali il diritto a non essere discriminati di cui all'art. 14. In particolare, nella giurisprudenza della Corte simili casi limite sono stati rinvenuti in ipotesi in cui la comunicazione censurata fosse diretta a incitare alla violenza e all'odio²⁹⁰.

Sulle modalità con cui il raggiungimento della soglia di incitamento appena descritta viene valutata si dirà in seguito. Per ora si tenga in considerazione che non è solo la punizione delle ipotesi più estreme a essere permessa dalla Corte di Strasburgo che, come già visto, ha enucleato una seconda categoria di casi meno gravi di *hate speech* che non integrino gli estremi dell'incitamento alla violenza.

Un simile scenario ci porta ad affrontare il terzo punto di nostro interesse: l'ipotesi in cui il discorso d'odio ricada nell'ambito di tutela dell'art. 10 e spetti dunque alla CEDU valutare se la normativa nazionale soddisfa i requisiti predisposti dal secondo paragrafo. Poiché questi sono già stati enucleati nel capitolo II, ci limitiamo a richiamarli brevemente in questa sede. Considerando che le limitazioni operate dagli Stati alla libertà d'espressione dovrebbero costituire un'eccezione rispetto alla regola, che tutela non solo i discorsi neutri ma anche quelli che possono essere reputati offensivi, l'art. 10 stabilisce dei criteri che le limitazioni devono soddisfare per non incorrere in una violazione. Nel dettaglio la limitazione deve essere: disposta per legge,

²⁹⁰ E.g. *Perinçek v. Switzerland*, (15 ottobre 2015) ECHR.

necessaria in una società democratica, proporzionata rispetto all'obiettivo di tutela e volta a proteggere un interesse meritevole di carattere generale (di quelli previsti dall'art.10,§ 2²⁹¹). In particolare, si ricorda che la previsione per legge del divieto viene intesa nel senso di imporre uno standard qualitativo alla norma, non essendo sufficiente la sua esistenza. La norma deve essere nota o conoscibile per i destinatari e formulata in maniera sufficientemente chiara e precisa da permettere ai consociati di orientare il proprio comportamento. La Corte ha specificato che non si tratta di un livello di precisione assoluta; una simile imposizione sarebbe impraticabile nella maggior parte dei casi per la rigidità che ne deriverebbe, tenuto conto che non si può richiedere realisticamente al legislatore di provvedere in anticipo, nella stesura della norma, a tutti i casi che si potrebbero potenzialmente verificare nella realtà ²⁹².

La Corte sottolinea che la valutazione relativa al soddisfacimento dello standard di legalità deve avere riguardo del contenuto della norma, del trattamento sanzionatorio associato e delle caratteristiche e allo status dei destinatari. Si è inoltre evidenziato che uno spazio di autonomia è necessariamente lasciato ai singoli Stati.

Queste sono dunque le linee generali imposte dalla giurisprudenza della Corte EDU nella sua valutazione della legittimità della normativa nazionale in tema di *hate speech*. Svolgiamo ora delle considerazioni che ci serviranno ad evidenziare alcune differenze tra l'approccio della Corte e quello del nostro ordinamento.

La Corte richiama spesso elementi del contesto in cui la comunicazione avviene per valutare tanto la gravità del discorso quanto la legittimità delle norme che lo vietano. Si tiene ad esempio conto dei destinatari dell'*hate speech* così come dello status o qualifica dell'autore della comunicazione. Facciamo

²⁹¹ *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, cit. §121

²⁹² *Delfi as v. Estonia*, ECHR (16 giugno 2015), § 121.

alcuni esempi. Un discorso d'odio proferito da un politico²⁹³, con una vasta platea di ascoltatori, viene reputato più pericoloso del discorso di un privato cittadino svolto davanti a pochi altri soggetti. Ma se gli ascoltatori sono dei bambini e la comunicazione avviene nella loro scuola, allora anche se l'autore del discorso è un cittadino privato il messaggio può essere reputato particolarmente pericoloso²⁹⁴. Allo stesso tempo la qualifica e le qualità dell'autore vengono prese in considerazione anche per valutare la prevedibilità della sanzione penale come conseguenza di un determinato comportamento. Si è reputato²⁹⁵ ad esempio che un'impresa di grandi dimensioni nel settore dei media e delle comunicazioni sia tenuta a informarsi rispetto alla legislazione settoriale ed eventualmente a richiedere una consulenza legale, considerando ulteriormente i mezzi a sua disposizione.

La Corte, quindi, non sembra focalizzarsi solamente sul contenuto del messaggio ma anche sulle caratteristiche della comunicazione. A dire il vero, le formulazioni che si riferiscono al contenuto dei discorsi utilizzate dalle Corti risultano piuttosto generiche: si parla ad esempio di «*incitamento alla violenza o all'odio*» senza meglio specificare i limiti di questi concetti su un piano astratto. In alcuni casi, i giudici di Strasburgo si sono occupati di verificare il raggiungimento della soglia dell'incitamento, ritenendo, ad esempio, che l'apostrofare delle persone omosessuali come “sessualmente deviati” possa concretamente incitare all'intolleranza e quindi costituire un discorso d'odio²⁹⁶.

Tuttavia, è stato notato come: «*in ogni caso, l'orientamento dei giudici della Corte EDU non può dirsi del tutto consolidato e univoco nel bilanciamento fra gli opposti principi-interessi in gioco, anche se la linea di tendenza generale è nel senso di porre l'accento sul contesto nell'ambito del quale s'inserisce il caso concreto*»²⁹⁷.

²⁹³ *Feret c. Belgique*, ECHR, (16 luglio 2009).

²⁹⁴ *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, cit.

²⁹⁵ *Delfi as v. Estonia*, cit.; *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, cit.

²⁹⁶ *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, cit.

²⁹⁷ GIUSEPPE PAVICH, ANDREA BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit. p.19.

In questa sede non si possono ripercorrere tutte le decisioni della Corte in materia di *hate speech* per verificare quali siano i contenuti dei messaggi che possono legittimamente essere vietati, in assenza di una predeterminazione astratta dei discorsi d'odio punibili. Ci si deve pertanto accontentare degli indici forniti e tenere in considerazione che l'approccio della Corte, che non svolge il ruolo di un legislatore, è necessariamente casistico. D'altra parte, la capacità di evolversi e mutare orientamento in ragione delle nuove esigenze di tutela che possono emergere di volta in volta è fondamentale per permettere un'applicazione dinamica e continuativa della CEDU.

Da ultimo si può notare come la Corte nella sua elaborazione abbia preso in considerazione un concetto piuttosto ampio di *hate speech*, tale da ricomprendere non solo ipotesi di incitamento all'odio o alla violenza ma anche, ad esempio, ipotesi meno gravi di insulti discriminatori. Si è sostenuto al riguardo che: «*attacchi a persone realizzati attraverso insulti, ridicolizzazione o diffamazione rivolta a specifici gruppi possono essere sufficienti per permettere alle autorità di optare per una repressione dei discorsi dannosi attenendosi alle restrizioni permesse nell'ambito della libertà d'espressione*»²⁹⁸.

Un concetto di discorso d'odio di questa ampiezza richiama le considerazioni svolte nel capitolo introduttivo rispetto all'assenza di una definizione univoca di discorso d'odio.

Concludendo, quindi, la Corte EDU ritiene in linea generale legittima la limitazione della libertà d'espressione tutelata dall'art. 10 CEDU per la repressione dei discorsi d'odio e stabilisce che, da un lato, l'esclusione totale della protezione dell'art. 10 si deve limitare ai casi eccezionali di applicazione dell'art. 17 e, dall'altro, i divieti imposti dai singoli Stati sono ammissibili solo qualora rispettino i requisiti stabiliti dall'art. 10, §2.

²⁹⁸Il testo originale recita: «Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for allowing the authorities to favour combating prejudicial speech within the context of permitted restrictions on freedom of expression». Caso *Lilliendhal v. Iceland* cit. § 36.

Tra queste ricorrono in particolare la proporzionalità del divieto, la cui valutazione è legata al trattamento sanzionatorio disposto, e la prevedibilità della sanzione stessa, legata invece alla precisione del precetto penale. Rispetto a quest'ultimo tema, e a come esso sia declinato nel nostro ordinamento, si è già detto nelle pagine precedenti, mentre al secondo saranno dedicate alcune considerazioni nel prossimo paragrafo.

Prima però di procedere in questo senso conviene precisare che ad oggi la Corte EDU non è ancora stata chiamata a esprimersi al riguardo sulle disposizioni degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., l'importanza di una formulazione precisa e comprensibile da parte dei destinatari sottolineata dalla Corte sembra però amplificare le preoccupazioni relative alla nostra normativa interna²⁹⁹.

Come anticipato, nelle prossime pagine, a valle delle indicazioni provenienti dalla Corte CEDU in materia di *hate speech*, si riporterà l'attenzione al versante interno per valutare ulteriori temi problematici sollevati dalla dottrina.

6. La proporzionalità delle sanzioni e l'utilizzo simbolico del diritto penale.

In questo paragrafo si tratteranno due temi che sembra opportuno affrontare una volta esposti gli altri rilievi critici analizzati nelle pagine precedenti: la proporzionalità delle sanzioni e l'utilizzo simbolico del diritto penale. Mentre il primo si pone in continuità con quanto appena discusso relativamente alle indicazioni della CEDU, il secondo si ricollega al principio di

²⁹⁹ Si noti tuttavia come la Corte abbia al contempo sottolineato l'esigenza di permettere un certo margine di imprecisione alle norme repressive dei discorsi d'odio nei seguenti termini: «Anche nei casi in cui l'interferenza con il diritto dei ricorrenti alla libertà di espressione ha assunto la forma di una “sanzione” penale, la Corte ha riconosciuto l'impossibilità di raggiungere una precisione assoluta nella formulazione delle leggi, specialmente in ambiti in cui la situazione cambia in base alle opinioni prevalenti della società, e ha accettato che la necessità di evitare rigidità e di tenere il passo con le circostanze in evoluzione comporta che molte leggi siano espresse in termini che, in una certa misura, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di prassi» *Perinçek v. Switzerland*, cit. §133.

offensività e costituisce un tema di politica criminale che è bene trattare avendo acquisito consapevolezza delle questioni di natura formale e sostanziali che si sono discusse fin qui.

Partendo dal primo argomento, abbiamo visto come uno dei canoni valorizzati dalla Corte EDU nel valutare la legittimità della normativa nazionale o di repressione penale dell'*hate speech*, riguarda la proporzionalità della compressione della libertà d'espressione operata dalla legislazione nazionale. Tale proporzionalità si deve necessariamente riflettere sul trattamento sanzionatorio.

Su questo tema gli interpreti si sono interrogati anche nel versante interno. L'analisi è spesso stata svolta congiuntamente ad altre tematiche, in particolare rispetto all'offensività e alla precisione delle fattispecie. Le preoccupazioni inerenti a tali carenze vengono amplificate dalle conseguenze molto severe sul piano sanzionatorio. In altre parole, ci si allarma davanti alla possibilità che una norma di cui si dubita la compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale possa disporre la pena della reclusione.

Un autore ha affermato al riguardo che: «*la non pienamente appagante precisione ai fini della reclusione può essere compensata in sede di comminatoria edittale con una sanzione prescrittiva in qualità di prima ratio*»³⁰⁰. Il ragionamento parte dalla considerazione che, per non violare i canoni degli artt. 13 comma 1, 25 e 27 Cost., il legislatore non dovrebbe punire più di quanto tuteli. Poiché i confini del comportamento lecito sono sfumati da una tecnica normativa discutibile e si intersecano con una libertà fondamentale, il trattamento sanzionatorio andrebbe rivisto. Secondo questa parte della dottrina la predisposizione di una sanzione detentiva per i reati di matrice discriminatoria avrebbe un effetto controproducente rispetto alle specifiche finalità rieducative. Pertanto, si dovrebbe optare in via principale per le sanzioni prescrittive, che impongano al

³⁰⁰ GIUSEPPE PUGLISI, *La parola acuminata*. cit. pp. 14 ss.

condannato un percorso rieducativo volto a favorire una conoscenza delle persone appartenenti al gruppo vittima e finalizzato a permettere al soggetto di superare i propri pregiudizi. Nello specifico, si fa riferimento alle pene alternative previste dall'art. 1-*bis* comma 1 della legge n. 205 del 1993 fra le quali emerge *l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-ter*³⁰¹.

L'irrogazione della sanzione detentiva e pecuniaria dovrebbe essere posticipata e condizionata all'eventualità in cui il comportamento dell'autore violi il programma rieducativo. Questo tipo di soluzione si auspica esclusivamente per le condotte riconducibili al paradigma enunciativo e istigatorio.

L'autore, nel proporre questa soluzione prende in considerazione l'ostacolo rappresentato dagli specifici obblighi di previsione di una sanzione detentiva sanciti dalla Decisione Quadro 2008/913/GAI. Come abbiamo visto nel capitolo II, §7.1, infatti, in questa sede si obbligano gli Stati firmatari a punire i reati indicati (in cui è compresa anche l'attuale propaganda) con la reclusione di durata, nel massimo, pari almeno a un anno.

Per superare l'*impasse* si propone di valorizzare l'art. 7 che impone il rispetto dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), il quale a sua volta permette di richiamare il diritto a una sanzione proporzionata *ex art. 49, § 3* della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Inoltre, si precisa: *«la proporzionalità cui alludiamo va intesa non in senso quantitativo — sotto questo aspetto non può negarsi che i limiti ivi contemplati sembrano proporzionati — ma in termini qualitativi, valorizzando cioè le soluzioni punitive più idonee in concreto a recuperare, in via sempre*

³⁰¹ La norma continua disponendo che il giudice in sede di condanna possa prescrivere: «b) l'obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) la sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) il divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

tendenziale, l'hater, chiedendogli, mediante un impegno fattivo, di rimeditare le radici del suo odio».

Si riconosce tuttavia il carattere particolarmente ambizioso di questa interpretazione sottolineando che: «[...] quella appena presentata è un'argomentazione (eufemisticamente) coraggiosa. Essa, infatti, prescindendo dal supino recepimento di pigre formulette contenute nelle fonti *Ue cui si è in genere abituati*, da un canto responsabilizzerebbe indirettamente il legislatore europeo e, dall'altro, sarebbe idonea a realizzare il giusto bilanciamento tra retribuzione ed educazione, nel rispetto di un diritto penale che sia davvero *Magna Charta*»³⁰².

Rispetto al trattamento sanzionatorio occorre poi notare come un'altra critica della dottrina³⁰³ riguardi la razionalità delle scelte operate in tale sede dal legislatore. Sappiamo infatti che l'art. 604-*bis* c.p. punisce con la medesima pena condotte nettamente distinte sul piano della gravità, equiparando in tal modo comportamenti riconducibili al paradigma esecutivo ad altre di tipo enunciativo-istigatorio.

Sembrerebbe pertanto opportuno in ossequio del principio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio predisporre una maggiore differenziazione delle pene previste in ragione della tipologia di comportamento.

Prima di avviarcì alla conclusione di questo paragrafo occorre trattare brevemente un secondo argomento: l'uso simbolico del diritto penale. Si tratta di un aspetto problematico sollevato dalla dottrina³⁰⁴ in relazione all'intera categoria di reati antidiscriminatori finora analizzati, che si ricollega all'asserita carenza riscontrata sul piano dell'offensività.

Il ragionamento prende infatti le mosse dalla constatazione che, non essendo giustificabile sul piano dell'offensività delle condotte incriminate,

³⁰² GIUSEPPE PUGLISI, *La parola acuminata*. cit. p.17

³⁰³ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. note a margine del d.d.l. Zan*, in «La legislazione penale» (giugno 2021), p. 7.

³⁰⁴ Tra molti: LUIGI STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit. p. 14.

L'intervento del legislatore avrebbe una valenza prettamente simbolica, volta da un lato a segnalare una presa di posizione forte contro i discorsi d'odio, dall'altro a rassicurare i consociati rispetto a un pronto intervento delle autorità che si prenderebbero a carico la repressione dei fenomeni discriminatori.

A questa presa di posizione formale, tuttavia, pare affiancarsi una de-responsabilizzazione *de facto*. Le istituzioni, avendo dimostrato, attraverso la predisposizione di un divieto penale, l'espressione di un giudizio di riprovevolezza nei confronti delle condotte discriminatorie, si sentirebbero sollevate dal dimostrare interesse per la tematica attraverso altre modalità d'intervento. Concentrandosi esclusivamente sulla repressione penale dei discorsi d'odio ci si allontanerebbe infatti da un approccio più costante sul piano della promozione culturale, sociale ed economica dei valori della tolleranza, che passa necessariamente per un sostegno alle associazioni civili impegnate in questi ambiti. La critica risiede quindi nella constatazione che agendo prevalentemente in modo repressivo, attraverso l'introduzione di divieti penali, lo Stato potrebbe ritenersi dispensato da ogni altro impegno per la lotta alle discriminazioni.

Sull'impiego di un approccio interdisciplinare e vario sembra aversi l'unanimità degli avvisi degli interpreti³⁰⁵ ma anche delle istituzioni sovranazionali. Secondo l'orientamento espresso in molti strumenti di diritto internazionale il diritto penale dovrebbe costituire solo uno dei tanti mezzi impiegati dagli Stati per combattere le discriminazioni, in ossequio al principio di *extrema ratio* e di frammentarietà³⁰⁶. Nondimeno, la repressione penale è espressamente prevista come necessaria per combattere i fenomeni più gravi di istigazione e propaganda all'odio.

³⁰⁵ Tra i molti: EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit. pp 72. ss.; ANDREA AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quaderni costituzionali» (2008), p. 523 ; DOMENICO PULITANÒ, *Potere della parola, parole del potere*, in «Sistema Penale» (novembre 2022), p. 14 ss.

³⁰⁶ Recentemente in questo senso Allegato alla Raccomandazione CM/Rec(2022)16 Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, p. 5.

Nel rispondere alle critiche relative all'uso simbolico del diritto penale, parte della dottrina ha riconosciuto come questa funzione di segnalare la particolare riprovevolezza di determinati comportamenti al fine, non solo di prevenzione, ma anche educativo è innata al diritto penale e non dovrebbe essere considerata esclusivamente in senso negativo³⁰⁷. Al riguardo si è affermato che: «Attraverso i suoi precetti il diritto penale svolge un ruolo di affermazione simbolica di un limite che non deve essere valicato a tutela della dignità della persona e che funge da importante orientamento culturale dei consociati»³⁰⁸.

Occorre conclusivamente riconoscere che, pur svolgendo un ruolo³⁰⁹, la funzione simbolica non dovrebbe prevalere³¹⁰ sulle altre proprie del diritto penale.

7. L'estensione della tutela ad altre categorie marginalizzate.

Se le critiche di cui si è trattato finora hanno complessivamente spinto verso un ridimensionamento dell'intervento penale, sia attraverso una delimitazione più specifica di alcuni concetti normativi, una maggiore selezione delle condotte punibili o una riduzione delle sanzioni, un ulteriore filone che ci apprestiamo a trattare lamenta, al contrario, un vuoto di tutela e propende quindi per un ampliamento della sfera applicativa dei divieti penali.

³⁰⁷ LAURA D'AMICO, *Le forme dell'odio. un possibile bilanciamento*, in «Legislazione Penale» (giugno 2020), pp. 38 ss.

³⁰⁸ MARCO PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit. p. 1021.

³⁰⁹ Si è affermato al riguardo: «Al di là di una questione puramente terminologica, non debbono esservi, a mio parere, resistenze nel riconoscere alla disposizione in oggetto una dimensione simbolica, a condizione di non rinunciare ad una declinazione del simbolismo quale componente fisiologica della c.d. prevenzione generale positiva, in forza della quale il precetto penale sarebbe chiamato a svolgere» e continuando: «Assumendo questa prospettiva, non si vede come il diritto penale non debba far sentire la propria voce “stigmatizzante” di fatti che annichiliscono la dimensione stessa dell'essere umano, suscitando disapprovazione sociale e richiamando nel contempo l'attenzione dei consociati sull'orizzonte assiologico al quale il nostro ordinamento si conforma. Se simbolo, dunque, equivale ad assunzione, da parte dello Stato, di un impegno di tutela di valori che attingono l'ontologia della persona, esso va accolto di buon grado, perché è soltanto accendendo i riflettori sull'in sé su cui si fonda la nostra democrazia (da questo punto di vista “protetta” o “militante”) che l'ordinamento può preservare “la propria dignità”, veicolando un messaggio di calibrata sintesi tra diritti di libertà e doveri di rispetto dell'Altro, in quanto essere vivente». FILIPPO BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo*, cit. p. 189-190.

³¹⁰ FRANCESCA SALOTTO, *Reato di Propaganda Razziale e Modifiche ai Reati d'Opinione (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85)*, cit. p. 178.

Considerata l'ampiezza della materia, in questa sede ci limiteremo a fornirne le coordinate principali, rimandando per ulteriori approfondimenti ai numerosi contributi degli interpreti che si sono occupati specificamente del tema³¹¹.

Da almeno un decennio³¹², infatti, nella discussione inerente alla normativa antidiscriminatoria si è rafforzata l'istanza, proveniente principalmente dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza³¹³, in accordo con esigenze al centro del dibattito pubblico, di ampliare la protezione ad altre categorie rispetto a quelle originariamente identificate dal legislatore del 1975, in occasione della recezione degli obblighi internazionali di contrasto al razzismo e alla xenofobia.

I tentativi di predisporre una tutela penale per altri gruppi discriminati sono stati numerosi e si sono rivolti in particolare alle donne, alla comunità LGBT e agli individui disabili. Tali sforzi, tuttavia, non hanno ad oggi raggiunto l'obiettivo³¹⁴ di introdurre dei nuovi illeciti penali *ad hoc* o di modificare la normativa già esistente (quali gli attuali artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.).

Tra le proposte legislative più significative vi sono stati il c.d. d.d.l. Scalfarotto del 2013 e il più recente d.d.l. Zan del 2020.

Il primo disegno di legge (Proposta di legge C. 245 Presentata il 15 marzo 2013 T.U) aveva l'obiettivo di estendere i motivi discriminatori allora descritti dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975³¹⁵.

³¹¹ Si vedano a titolo esemplificativo: EMILIO 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» (maggio 2012); MIA CAIELLI, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, LUCIANA GOISIS, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (giugno 2015), 1; LUCA IMARISIO, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (giugno 2015), 1; DOMENICO PULITANÒ, *Sulla discussione sul DDL Zan.*, in «Giurisprudenza Penale» (luglio 2021); ROBERTO BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in «Sistema Penale» (luglio 2021).

³¹² SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. p. 80 ss.

³¹³ Si rimanda in tal senso a quanto esposto nel precedente capitolo, § 2.5 rispetto ai tentativi di ampliare la portata delle finalità indicate all'art. 604-*ter*.

³¹⁴ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*. cit. p. 30.

³¹⁵ «Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con

I promotori dell'iniziativa avevano esplicitamente preferito una tale modalità di intervento rispetto all'introduzione di un'incriminazione *ex novo*. Il fulcro della riforma consisteva quindi nell'inserimento del motivo della «*identità sessuale della vittima*». Lo stesso concetto era definito all'art. 1 del disegno di legge come: «*l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale*». A loro volta tali ulteriori concetti venivano definiti nel prosieguo della norma³¹⁶.

Tuttavia, come anticipato, l'iniziativa non aveva avuto successo, e tale esito negativo aveva portato nel 2018 alla presentazione del d.d.l. Zan per tentare nuovamente di introdurre una tutela penale contro la discriminazione omotransfobica.

Quest'ultimo disegno di legge (Proposta di legge C. 569 Presentata il 2 maggio 2018) modificava gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. introducendo i motivi e le finalità basati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità della vittima. Tuttavia, diversamente dalla precedente proposta, tale estensione avrebbe riguardato esclusivamente le condotte di istigazione e di commissione di atti discriminatori e non anche la propaganda³¹⁷.

Interessante notare come l'art. 4. del d.d.l. introducesse una clausola di salvaguardia così formulata: «*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*». La finalità di tale articolo, rubricato «*Pluralismo delle idee e libertà delle scelte*» sarebbe stata superare alcune delle censure esposte in questo capitolo relative alla violazione dell'art. 21 Cost.

modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia”.

³¹⁶ L'art. 1 continuava infatti con le seguenti definizioni: «b) «*identità di genere*»: la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico; c) «*ruolo di genere*»: qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna; d) «*orientamento sessuale*»: l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi».

³¹⁷ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*. cit. p. 35. DOMENICO PULITANÒ, *Sulla discussione sul DDL Zan.*, cit. p. 1.

Nonostante simili sforzi, atti a rassicurare chi temesse che da questa normativa potessero derivare conseguenze indesiderabili sul piano della libertà di manifestazione di pensiero, nemmeno questa proposta venne approvata.

I motivi dell'insuccesso di entrambe iniziative furono vari ed ebbero in parte a che fare con le contingenze politiche del momento, ma in questa sede pare più opportuno focalizzarci sulle critiche emerse sul piano giuridico.

Oltre alle consuete resistenze comuni ai già esistenti reati di propaganda e istigazione all'odio razziale, etnico e religioso, che abbiamo esposto nelle pagine precedenti³¹⁸, rispetto a questa specifica materia si svilupparono ulteriori argomentazioni contrarie.

In particolare, si lamentò il rischio di una discriminazione inversa³¹⁹ prodotta dal trattamento differenziale di favore riconosciuto ai soggetti LGBT rispetto agli individui eterosessuali. In questa impostazione si individuava una potenziale violazione dell'art. 3 Cost. Al contempo si argomentava come gli stessi interessi di tutela potessero essere raggiunti mediante l'utilizzo dell'aggravante generica dei motivi abietti o futili³²⁰ di cui all'art. 61 c.p. n. 1, o ancora, applicando la minorata difesa; per tale ragione non sarebbe stato necessario un intervento del legislatore in materia. La parte della dottrina³²¹ a favore dell'intervento legislativo aveva però obiettato che la prima argomentazione fosse del tutto contraria allo spirito dell'art. 3 Cost. in quanto questo sancisce il principio di uguaglianza permettendo delle differenziazioni di trattamento ragionevoli, che nel caso di specie avrebbero indubbiamente permesso al legislatore di intervenire una situazione di partenza frutto di una disuguaglianza, consistente appunto nella disparità di trattamento subita delle

³¹⁸ Per una panoramica su come le iniziative contro la discriminazione omofobica si innestino su un terreno già problematico, costituito dall'art. 604-bis, si veda: ROBERTO BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. zan cit.*, in «Sistema Penale» (luglio 2021).

³¹⁹ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*. cit. p. 31; GIUSEPPE RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, cit. pp. 96 ss.

³²⁰ PAOLO CAROLI, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqi+*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (2024), p. 16.

³²¹ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*. cit. p. 31.

persone LGBT. Rispetto alla proposta di applicare aggravanti già esistenti nel codice penale si obiettò³²², fra l'altro, come il carattere generico delle stesse permettesse un bilanciamento con altre circostanze, diversamente da quanto previsto *ex art 604-ter*, creando così un trattamento più sfavorevole per le minoranze in questione rispetto a quelle etniche, razziali o religiose.

Più specificamente riguardo al d.d.l. Zan, nonostante i citati sforzi di recepire alcune delle critiche che avevano riguardato gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., in particolare rispetto alla tassatività e determinatezza, le definizioni proposte non risultarono pienamente soddisfacenti dal punto di vista della precisione dei nuovi concetti di orientamento sessuale e identità di genere³²³.

Per completare il quadro, conviene pertanto ricordare che accanto a queste posizioni della dottrina sia contrarie che favorevoli, come abbiamo già visto, si sviluppò un filone giurisprudenziale minoritario che tentò, in assenza di una modifica legislativa, di attuare l'estensione applicativa dell'art. 604-*ter* c.p. in via interpretativa. Per la trattazione di questo tema si rimanda a quanto già esposto nel capitolo precedente (*supra*, cap. III, §2.5).

È evidente che la ricostruzione appena svolta costituisce una sintesi di un panorama piuttosto complesso; tuttavia, essa permette di evidenziare che sebbene il dibattito sull'opportunità di estendere la tutela antidiscriminatoria alle ipotesi di incitamento all'odio e alla discriminazione omotransfobica e sessista non costituisca affatto una novità nel nostro ordinamento, ad oggi non si è ancora giunti a una risposta legislativa al problema.

Come si è avuto modo di sottolineare anche in apertura di questo lavoro, la spinta verso un intervento volto a includere tali categorie tra quelle protette dalla normativa antidiscriminatoria proviene tanto dal versante nazionale

³²² PAOLO CAROLI, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqi+*, cit. p. 61.

³²³ CORRADO CARUSO, *D.d.l. Zan: diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in «Quaderni costituzionali» (2021), 3, pp. 677 ss.

quanto da quello internazionale³²⁴ ed europeo³²⁵, in quanto la preoccupazione per la diffusione e l'aumento dei fenomeni discriminatori omotransfobici e sessisti è pienamente condivisa.

Centrale in particolare, per la sua presa di posizione contro l'omofobia, è stato il ruolo della Corte EDU con la prima pronuncia nella già citata sentenza *Vejdeland*³²⁶ del 2012. In questa sede, infatti, viene operata per la prima volta un'equiparazione tra il discorso d'odio razzista e quello omofobico³²⁷, permettendo così di applicare l'elaborazione giurisprudenziale, vista nel §5, anche all'*hate speech* diretto contro le persone LGBT.

Tuttavia, l'assetto di tutela interno smentisce tale equiparazione in quanto, come evidenziato, ad oggi è ancora previsto un trattamento differenziale a seconda della "tipologia" di minoranza a cui appartiene la vittima del discorso d'odio; la dottrina ha più volte sottolineato come un simile *deficit* di tutela ponga il nostro ordinamento in uno stato di arretratezza rispetto alle altre democrazie europee³²⁸.

A dire il vero, l'*input* internazionale e sovranazionale in senso espansivo rispetto all'esigenza di interventi legislativi repressivi dei discorsi d'odio, soprattutto in tempi recenti, non ha riguardato soltanto le categorie da tutelare,

³²⁴ Per quanto riguarda l'ONU, il Consiglio per i diritti umani ha adottato nell'ultimo decennio una serie di Risoluzioni volte a combattere specificamente la discriminazione basata sull'orientamento sessuale nelle varie modalità in cui essa può verificarsi e quindi non esclusivamente come discorso d'odio. Si faccia ad esempio riferimento alla Risoluzione del 14 luglio 2011 (A/HRC/RES/17/19), in cui il Consiglio esprimeva preoccupazione per l'emergenza relativa alla discriminazione anche violenta basata sull'orientamento sessuale delle vittime e ribadiva l'impegno delle Nazioni Unite nel contrasto al fenomeno, o la successiva Risoluzione del 2 ottobre 2014 (A/HRC/RES/27/32) in cui si esprime un medesimo indirizzo. Più recentemente è intervenuta la Risoluzione del 15 luglio 2016 (A/HRC/RES/32/2) intitolata «*Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*».

³²⁵ Si è già avuto modo di sottolineare l'impegno delle istituzioni dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa nel tema della lotta alle discriminazioni nel capitolo 1 di questo lavoro. In questa sede si ricorda come, specialmente in anni più recenti, lo sforzo nella lotta alla discriminazione abbia riguardato varie categorie di individui vulnerabili, tra cui le donne, i disabili e i membri della comunità LGBT. Si veda in tal senso, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM/Rec(2022)16. Più recentemente, nell'ambito dell'Unione Europea, la direttiva (UE) 2024/1385 ha introdotto un'ipotesi specifica di *hate speech* sessista di cui si dirà nel prossimo capitolo.

³²⁶ *Vejdeland and Others v. Sweden*, ECHR, cit.

³²⁷ LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*, cit. p. 22. Lo stesso orientamento è stato ribadito dalla Corte nella già citata *Lilliendahl v. Iceland (dec.)*, cit. § 45.

³²⁸ SARA PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit. p. 67; LAURA D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*, cit. p. 28.

ma si è intersecato anche con un ulteriore tematica che ancora ci resta da trattare: quella dell'*online hate speech*. Di tale argomento tratteremo nel prossimo capitolo.

8. Conclusioni.

In questo capitolo si sono affrontate le maggiori critiche sollevate nei confronti delle incriminazioni contenute negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., tanto sul piano sostanziale quanto su quello formale.

Per esigenze espositive si sono tenuti distinti profili che, pur godendo di una propria autonomia, specie sul piano della dottrina, presentano margini di sovrapposizione e vicendevole influenza. Questo aspetto è stato più volte sottolineato, e in sede conclusiva pare opportuno aggiungere un'ulteriore considerazione. Il complessivo giudizio negativo espresso da parte della dottrina nei confronti delle fattispecie di propaganda e incitamento all'odio è spesso dovuto alla sommatoria di tutti gli aspetti problematici lamentati, senza tuttavia che si tenga concretamente conto della diversa natura di tali punti critici.

Abbiamo visto infatti come a temi di portata più generale, quali il bilanciamento tra libertà fondamentali o l'uso simbolico del diritto penale, si affianchino elementi più puntuali come le scelte semantiche operate dal legislatore. Per i primi spesso non si riescono a trovare delle soluzioni univoche e quindi, volendo salvare le incriminazioni a fronte soprattutto degli obblighi internazionali a cui il nostro ordinamento deve conformarsi, ci si trova davanti a un'alternativa: sposare un'impostazione categoricamente a favore o contro l'operato del legislatore ovvero accettare un margine di ambiguità, sospendendo il giudizio più netto e focalizzandosi sugli aspetti che presentano già una più chiara direzione di intervento. In questo modo ci si potrebbe concentrare su alcuni degli altri temi quali soprattutto la precisione con cui sono descritte le condotte e gli elementi normativi, nonché le scelte rispetto al trattamento sanzionatorio.

Una simile osservazione non vuole significare che i punti problematici, per così dire più complessi, debbano essere ignorati. Al contrario, in questa trattazione si è cercato di dar conto delle possibili soluzioni prospettate dalla dottrina proprio per via della necessità di risolvere tali aporie. Ad esempio, si è visto che, al fine di assicurare la legittimità degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. si è tentato di recuperare l'offensività in concreto mediante la predisposizione del requisito del pericolo esplicitamente indicato nella fattispecie; in assenza di un riscontro legislativo però, questa e le altre proposte elaborate rimangono solamente dei possibili spunti evolutivi e non consentono ancora di dare una risposta definitiva ai dubbi sulla repressione penale dei discorsi d'odio.

In ogni caso, la rilevanza della materia sembra destinata ad aumentare per via delle tendenze che si riscontrano nella nostra società e ciò permette di prevedere una crescita del numero di elaborazioni che potrebbero contribuire a risolvere alcuni degli interrogativi di nostro interesse. Sugli ulteriori profili evolutivi della materia dei discorsi d'odio si dirà nel prossimo capitolo, nell'avviarci alla conclusione di questo lavoro, trattando dell'*online hate speech* e dell'influenza delle fonti internazionali e sovranazionali in tale ambito.

Capitolo Quinto

L'ONLINE HATE SPEECH: LE NUOVE SFIDE DEL MONDO DIGITALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le caratteristiche dell'*online hate speech*. - 3. La normativa sovranazionale specificamente rivolta all'*online hate speech*. - 4. La responsabilità degli *internet service provider*. - 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Siamo giunti al capitolo conclusivo di questa trattazione dedicata alla repressione penale dei discorsi d'odio. Nel corso del lavoro ci siamo soffermati sui diversi aspetti utili alla comprensione di un fenomeno tanto complesso. Per introdurre il tema, abbiamo cercato una definizione funzionale alla prospettiva del diritto penale, ponendo l'accento sulla rilevanza multidisciplinare che i discorsi d'odio hanno assunto fin dalla loro prima emersione; i fenomeni discriminatori, di cui l'*hate speech* è una manifestazione, richiedono infatti uno sforzo di comprensione sociale e culturale ancora prima che giuridica. È evidente, inoltre, come il termine stesso, di matrice inglese, richiami origini storiche ben precise, di cui si è dato conto nell'apertura del lavoro. Nonostante l'iniziale provenienza geografica statunitense, però, il fenomeno dei discorsi d'odio ha acquisito molto presto una rilevanza internazionale, grazie in particolare alle convenzioni e ai trattati dell'ONU. A tale ultimo proposito, è utile richiamare due aspetti importanti. Il primo riguarda la specifica configurazione dell'*hate speech* nelle fonti internazionali come *propaganda* e *incitamento* all'odio etnico e razziale; il secondo concerne l'ostilità di alcuni Stati nei confronti dell'introduzione di tali divieti, spesso giustificata perché considerata espressione di una tradizione liberale forte.

Partendo dal primo punto, è indubbio che il motore principale della volontà internazionale di reprimere determinate tipologie di discorsi d'odio sia da ricondurre all'esperienza dei regimi totalitari razzisti della Seconda guerra mondiale. Va precisato, però, che la discriminazione perpetrata in quel frangente storico non era rivolta esclusivamente a gruppi etnici o religiosi, ma anche a molte altre categorie di soggetti discriminati, quali i disabili e gli omosessuali.

Tuttavia, nel primo dopoguerra, i tempi non erano ancora maturi per riconoscere pienamente tali gruppi come degni di tutela³²⁹. In ogni caso, furono proprio gli orrori perpetrati durante il secondo conflitto mondiale a spingere la comunità internazionale verso uno sforzo di prevenzione, mirato a contrastare già a monte la diffusione delle ideologie di dominio e discriminazione che avevano prodotto tali aberranti risultati. Pertanto, nelle fonti si parla di “*incitement to hatred*”, inteso come un discorso pubblico di propaganda o incitamento, spesso pronunciato da esponenti politici o istituzionali; vedremo alla fine di questo capitolo come tale concezione della propaganda d'odio si sia via a via modificata in ragione delle piattaforme comunicative oggi a disposizione dei privati. In ogni caso, la matrice internazionale degli interventi normativi creò da subito problemi legati alle traduzioni corrette di concetti che comprendono numerose sfumature, quali l'incitamento e la diffusione di idee, difficilmente riconducibili al livello di precisione richiesto per un divieto penale.

Si spiega così come mai – e qui ci ricollegiamo al secondo punto – alcuni Stati si siano mostrati reticenti rispetto all'introduzione di una criminalizzazione dei discorsi d'odio. Tale resistenza fu infatti dovuta tanto alle diverse tradizioni degli Stati in materia di libertà di espressione, quanto in parte alle difficoltà linguistiche nell'inquadrare i precetti normativi in maniera uniforme nei diversi ordinamenti.

³²⁹ Si pensi che fino al 1990 l'omosessualità era considerata un disturbo psichiatrico dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Per quanto riguarda il rifiuto della compressione della libertà di parola, la tradizione statunitense, come accennato, rappresentò sicuramente un caso particolare³³⁰. Se si considera infatti come una prima attenzione verso il tema dei discorsi d'odio fosse nata proprio in quel contesto geografico ci si sarebbe potuti aspettare una maggiore apertura in sede di negoziazione di accordi internazionali volti a reprimere i discorsi d'odio. Ma in ogni caso, il problema della definizione dei confini tra espressioni lecite e illecite si rivelò centrale per tutti gli ordinamenti coinvolti, compreso il nostro.

Il conflitto con la libertà d'espressione ci ha infatti accompagnato lungo tutta la trattazione che si è progressivamente focalizzata sulle norme di diritto interno che possono intercettare diverse tipologie di discorsi d'odio. D'altra parte, abbiamo osservato come l'evoluzione della riflessione sul bene giuridico tutelato ha evidenziato una nuova sensibilità verso la salvaguardia della pari dignità umana e sociale, che oggi spinge ad accettare la compressione di alcune aree di libertà in favore di importanti interessi di tutela. L'inclusione di ulteriori categorie vulnerabili tra quelle protette è stata un altro fattore che ha incentivato l'ampliamento delle condotte punibili.

Abbiamo poi visto come le scelte di criminalizzazione del legislatore nazionale siano andate incontro a giudizi negativi di varia natura. A seconda dei punti di vista, si è lamentato in certi casi un eccesso repressivo e in altri un *deficit* di tutela. Alcune di queste criticità rimangono ad oggi difficilmente superabili.

Al quadro complessivo che abbiamo così delineato occorre però aggiungere ora un tassello finale: la diffusione dell'*online hate speech*.

La rilevanza transnazionale dei discorsi d'odio, che era servita da primo motore per l'introduzione di una regolamentazione dell'*hate speech*, ha assunto

³³⁰ Si era parlato, in tal senso, di *exceptionalism* per descrivere l'atteggiamento di assoluta chiusura degli Stati Uniti rispetto alla prospettiva di introdurre una normativa repressiva dei discorsi d'odio. Questa impostazione era emersa in particolare in sede di negoziazione delle Convenzioni internazionali per la lotta contro il razzismo di cui si è trattato nel capitolo I.

una nuova dimensione con l'avvento di *internet*. In apertura di questo lavoro avevamo visto come, specie negli ultimi anni, l'attenzione dei legislatori internazionali e sovranazionali si fosse focalizzata sulla repressione dei discorsi d'odio in ragione delle nuove potenzialità offensive offerte dalla rete. In questo ultimo capitolo ci occuperemo pertanto di fornire alcuni elementi aggiuntivi sullo specifico argomento dell'*online hate speech*. Il motivo di questa particolare trattazione, oltre che in esigenze di completezza, risiede nell'opportunità di mettere in luce alcuni meccanismi precipui dei discorsi d'odio che si verificano in rete.

Tali caratteristiche, di cui si tratterà nel paragrafo successivo, sono infatti specificamente legate al funzionamento dell'ambiente digitale nel quale la comunicazione avviene e hanno importanti conseguenze sulla dannosità e la diffusione dei messaggi d'odio. Per completare l'analisi, in questa sede, dopo aver esposto le suddette caratteristiche, occorrerà poi approfondire la risposta dei legislatori sovranazionali e nazionali davanti all'evolvere dei discorsi d'odio *online*.

Svolte tali considerazioni, si procederà con un esame del tema della responsabilità dei c.d. *internet service providers*, per poi avviarci alla chiusura del capitolo e dell'intero lavoro con alcune riflessioni conclusive.

2. Le caratteristiche dell'*online hate speech*.

In questo paragrafo, relativo alle qualità specifiche dell'*online hate speech*, si dividerà la trattazione in due parti, la prima dedicata alla facilità e ampiezza della diffusione di messaggi d'odio *online*, la seconda relativa ai c.d. caratteri strutturali impliciti dei canali di comunicazione su *internet*, che, come vedremo, producono riflessi significativi sui messaggi d'odio³³¹.

³³¹ VALÉRIE NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, Diritto Penale Contemporaneo (marzo 2019), p. 6.

Internet e, in particolare, i *social media* (e *social networks*) permettono, come noto, di diffondere un messaggio con estrema facilità – tramite pochi “*click*” – a un vastissimo numero di destinatari. Mentre precedentemente una simile possibilità era riservata esclusivamente a individui dotati di una propria piattaforma comunicativa, spesso legata a ruoli istituzionali, oggi chiunque attraverso le tecnologie in esame può raggiungere milioni di destinatari³³².

A tale immediatezza corrisponde una minore esposizione dell'autore agli interlocutori e alle loro potenziali reazioni. Diversamente da quanto accade nelle conversazioni di persona, infatti, la comunicazione avviene dietro a degli schermi e talvolta permette ai mittenti di rimanere anonimi³³³.

Questa caratteristica è stata da tempo associata a un effetto di de-responsabilizzazione degli utenti³³⁴ che sentono una maggiore libertà, in assenza dei consueti freni inibitori presenti nelle interazioni *offline*, e sono pertanto portati a comunicare in maniera più impulsiva³³⁵. Ciò avviene a dispetto del fatto che il numero di destinatari più vasto dovrebbe portare a una maggiore autocensura, come in effetti accade nel caso di un discorso in pubblico svolto di persona.

La capacità espansiva dei messaggi di cui si è parlato, connaturata all'assenza di barriere nelle comunicazioni *online*, è ulteriormente esacerbata dall'operare di algoritmi che gestiscono la presentazione dei contenuti digitali – quali i messaggi degli altri utenti – ai fruitori delle piattaforme. Tutti i principali *social media*, infatti, permettono di comunicare non solo con una cerchia più ristretta di persone scelte fra i propri contatti, ma anche di diffondere un messaggio a un pubblico indistinto e potenzialmente indeterminabile attraverso

³³² ROBERTO BORTONE, FRANCESCA CERQUOZZI, *L'hate speech al tempo di Internet*, in «Aggiornamenti Sociali» (2017), p. 819.

³³³ MICHELA MANETTI, *Regolare Internet*, in «MediaLaws» (2020), 2, p. 41.

³³⁴ ALEXANDER BROWN, *What is so special about online (as compared to offline) hate speech?*, in «Ethnicities», 18 (2018), 3, pp. 298 ss. L'autore afferma infatti che: «*anonymity—even perceived anonymity — can embolden people to be more outrageous, obnoxious, or hateful in what they say than would be the case in real life*».

³³⁵ PAOLO CAROLI, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqi+*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (2024), p. 20.

meccanismi di ri-condivisione e suggerimenti generati dalla piattaforma stessa.

Proprio su quest'ultimo punto occorre concentrare brevemente la nostra attenzione, in quanto le raccomandazioni contenutistiche che vengono presentate agli utenti rispondono a ben precise logiche economiche sottese all'operare delle piattaforme.

Poiché la maggior parte dei *social network* predispone un *business model* basato alternativamente o congiuntamente sulla profilazione degli utenti³³⁶ - volta a vendere i dati a terzi per finalità commerciali - e sulla vendita di pubblicità il cui valore economico è aumentato se le inserzioni rispondono alle preferenze degli utenti, l'obiettivo principale delle piattaforme è catturare e mantenere l'attenzione degli utilizzatori il più a lungo possibile. In tal modo infatti, gli utenti, visualizzando contenuti e interagendo con gli stessi attraverso *like*, condivisioni e commenti, rivelano ulteriori informazioni sulle proprie preferenze che possono essere sfruttate per i fini commerciali dei gestori delle piattaforme³³⁷.

Se ne ricava così che gli algoritmi che controllano la presentazione dei contenuti digitali sui *social*, sono predisposti in modo da favorire una serie di fenomeni, a lungo oggetto di scrutinio dalla letteratura di settore, quali ad esempio le c.d. *filter bubbles* ed *echo chambers*, che accanto all'effetto ricercato di attirare l'attenzione degli utenti producono conseguenze pregiudizievoli per il discorso pubblico, spesso comportando l'amplificazione degli *hate speech*. Vediamone ora brevemente il funzionamento.

Grazie ai dati raccolti mediante la profilazione dell'utente, l'algoritmo di raccomandazione è in grado di mostrare esclusivamente contenuti che possono piacere, catturando e mantenendo l'attenzione del destinatario e creando una

³³⁶ RICCARDO MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in «MediaLaws» (2020), 1, pp. 225 ss.

³³⁷ Non a caso si è da tempo affermato che i dati costituiscano una nuova fonte di ricchezza nella società dell'informazione odierna che è addirittura stata equiparata al petrolio secondo l'espressione inglese: "*Data is the new oil*".

c.d. *filter bubble*³³⁸, ossia un ambiente filtrato preventivamente dalle preferenze dell'utilizzatore³³⁹. Inoltre, tramite lo stesso meccanismo si formano delle c.d. *echo chambers*³⁴⁰, ossia dei gruppi in cui gli utilizzatori delle piattaforme sono portati a interagire solamente con individui che condividono le proprie opinioni. Il nome di queste strutture virtuali è volto proprio a enfatizzare, attraverso la metafora dell'eco, il meccanismo attraverso cui un individuo sente ripetere in continuazione pensieri in linea con le proprie idee, ottenendone così una conferma.

Da questa impostazione deriva facilmente una polarizzazione delle opinioni degli utenti, che sfrutta un fenomeno noto in psicologia comportamentale come *confirmation bias*³⁴¹. Invece di incontrare messaggi di natura diversa, che possono smentire un determinato giudizio o pregiudizio, l'utente tende, grazie agli algoritmi di suggerimento, a imbattersi soprattutto in contenuti in linea con la propria visione del mondo, cementificando così le proprie convinzioni.

Questi meccanismi poi, oltre a rafforzare una determinata visione della realtà, promuovono spesso, in termini di visibilità, i contenuti maggiormente controversi ed estremi³⁴², proprio per la loro capacità di catturare l'attenzione dei visitatori della piattaforma, i quali sono portati naturalmente a interagire con gli stessi (anche eventualmente per esprimere dissenso), generando maggiore traffico e concorrendo con le condivisioni all'amplificazione dei messaggi.

Infine, non meno rilevante per l'inquadramento giuridico del fenomeno

³³⁸ RICCARDO MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, cit. p. 227.

³³⁹ MICHELA MANETTI, *Regolare Internet*, cit. p. 47.

³⁴⁰ RICCARDO MONTALDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, cit. p. 227.

³⁴¹ Definito in italiano "pregiudizio di conferma". Si tratta della tendenza psicologica che spinge un individuo a dare preponderanza, prestare più attenzione, ricercare e credere maggiormente a fatti che confermano quanto già parte delle proprie convinzioni. Per una panoramica generale del tema: [https://www.populismstudies.org/Vocabulary/confirmation-bias/#:~:text=American%20Psychological%20Association%20\(APA\)%20defines,a%20type%20of%20cognitive%20bias](https://www.populismstudies.org/Vocabulary/confirmation-bias/#:~:text=American%20Psychological%20Association%20(APA)%20defines,a%20type%20of%20cognitive%20bias).

³⁴² Si è in tal senso affermato che: «[...]il meccanismo perverso legato alle logiche di visibilità: dato che i discorsi d'odio sono intrinsecamente sensazionalistici, sono anche quelli che con più probabilità attiveranno la funzione selettiva dei media». ROBERTO BORTONE, FRANCESCA CERQUOZZI, *L'hate speech al tempo di Internet*, in «Aggiornamenti Sociali» (2017), p. 824

è la permanenza³⁴³ dei discorsi d'odio *online* che, anche in ipotesi in cui ci si adoperi per la loro rimozione, fa sì che spesso gli effetti negativi di questi messaggi siano estremamente duraturi. Invero, le potenziali ri-condivisioni in un numero non definibile rendono particolarmente difficile assicurare l'effettiva eliminazione dei messaggi *online*.

È chiaro quindi che attraverso tutte queste dinamiche, la dannosità degli *hate speech* è aumentata: i messaggi d'odio sono proprio quelli che, per il carattere estremo e incendiario delle idee veicolate, beneficiano maggiormente dei meccanismi di amplificazione sopra descritti. Inoltre, attraverso le *echo chambers* che sfruttano i *confirmation bias*, i pregiudizi che sottostanno tipicamente alla propaganda e all'istigazione razzista o contro altre minoranze vengono rafforzati. Inoltre, la sofferenza causata alle vittime dei discorsi d'odio aumenta in funzione della permanenza di tali messaggi che rende più difficile superare l'evento traumatico.

Si sono fin qui sintetizzate alcune delle caratteristiche specifiche dei discorsi d'odio *online*. Esse producono delle conseguenze che, come abbiamo visto, sono tutt'altro che marginali; per tale ragione non sorprende che siano state oggetto di specifica considerazione da parte dei legislatori sovranazionali e internazionali. Conviene dunque spostare la nostra attenzione sul versante normativo. Le fonti che ci apprestiamo a trattare possono essere divise in due categorie a seconda che si rivolgano direttamente al soggetto che realizza una condotta di incitamento all'odio o alla discriminazione *online*, ovvero siano relative agli *internet service provider* e predispongano regole per una responsabilità legata ai contenuti pubblicati dagli utenti. Di quest'ultima classe di disposizioni normative parleremo nel §3. Nel prossimo paragrafo analizzeremo invece le principali fonti sovranazionali rivolte specificamente alle condotte di *online hate*

³⁴³ ALEXANDER BROWN, *What is so special about online (as compared to offline) hate speech?*, cit. p. 308. Preoccupazione rispetto a questo aspetto era stata espressa anche dall'ONU: <https://www.un.org/en/hate-speech/understanding-hate-speech/what-is-hate-speech>.

speech.

3. La normativa sovranazionale specificamente rivolta all'*online hate speech.*

Considerando il carattere intrinsecamente transfrontaliero delle comunicazioni digitali, è facile intuire come l'impegno al contrasto ai discorsi d'odio *online* sia stato particolarmente sentito a livello sovranazionale, tanto dell'Europa geografica quanto dell'Unione. Una prima significativa presa di posizione da parte del Consiglio d'Europa si ha con il primo protocollo addizionale³⁴⁴ alla Convenzione sulla criminalità informatica di Budapest del 23 novembre 2001. Tra gli obiettivi del protocollo, aperto alla firma a Strasburgo il 28 gennaio 2003, vi era predisporre una base per la collaborazione degli Stati membri al contrasto dei discorsi di incitamento all'odio e alla discriminazione di matrice razziale e xenofoba via *internet*, estendendo a questi reati le disposizioni in materia procedurale e di collaborazione internazionale.

È importante notare come questa iniziativa preceda cronologicamente l'avvento dei *social media*: per tale motivo le disposizioni del protocollo non prevedono alcun riferimento a tali mezzi di comunicazione e si limitano invece identificare lo strumento di diffusione via *internet* attraverso la dicitura “*computer system*”. La principale preoccupazione dietro a questo atto riguardava infatti la perseguibilità transfrontaliera di reati commessi in rete che ponevano in particolare problemi di competenza e coordinamento delle autorità giudiziarie nazionali.

L'art. 3 impone agli Stati aderenti l'introduzione di divieti relativi alla distribuzione *online* di materiale razzista e xenofobo³⁴⁵, tra cui, secondo la

³⁴⁴ Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici (STE no. 189).

³⁴⁵ Secondo l'art. 2 infatti: «Il termine “materiale razzista e xenofobo” indica qualsiasi materiale scritto, immagine o altra rappresentazione di idee o teorie che sostenga, promuova o inciti all'odio, alla discriminazione

definizione fornita all'art. 2 rientravano messaggi e idee – veicolati su qualsiasi supporto anche immagine o video – che incitassero all'odio, alla discriminazione o alla violenza razziale o etnica. L'introduzione del protocollo era stata resa necessaria dall'impossibilità degli Stati membri del Consiglio di trovare un accordo rispetto alla predisposizione di obblighi di criminalizzazione dell'incitamento all'odio razzista e xenofobo *online* all'interno del testo della Convenzione³⁴⁶. Una tale reticenza ebbe risvolti significativi rispetto alle ratifiche, in quanto alcuni Stati³⁴⁷, tra cui l'Italia, si limitarono a firmare il documento senza tuttavia provvedere a una implementazione interna³⁴⁸.

Il progresso tecnologico che ha portato nell'ultimo ventennio all'avvento dei *social network* ha profondamente mutato il panorama socioeconomico in cui gli attori sovranazionali e internazionali si sono trovati a operare nel tentativo di combattere i discorsi d'odio. Come abbiamo visto le nuove capacità diffusive offerte dai *social network* hanno acuito il problema di un controllo efficace dei contenuti pubblicati dagli utenti e di una loro eventuale rapida rimozione. Tale evoluzione si è inevitabilmente riflessa sulle tipologie di interventi promossi dalle istituzioni che hanno optato progressivamente per un maggior coinvolgimento delle aziende informatiche che gestiscono mezzi di comunicazione adoperati in rete.

Un esempio di questa tendenza, spostandoci nel versante unionale, è il Codice di condotta del 2016 inizialmente sottoscritto dalla Commissione europea con quattro delle principali *big tech*³⁴⁹ nel mercato dei *social media*. Il mutamento di paradigma in questo caso emerge nella volontà non più diretta

o alla violenza contro qualsiasi individuo o gruppo di individui, basandosi su razza, colore, origine, discendenza o origine nazionale o etnica, nonché sulla religione, se utilizzata come pretesto per uno di questi fattori.

³⁴⁶ Come sottolineato nella nota esplicativa del primo protocollo redatta dal Consiglio d'Europa, p. 2 § 4. Explanatory Report – ETS 189 – Cybercrime (Protocol).

³⁴⁷ Ad oggi gli Stati firmatari che non hanno provveduto alla ratifica sono 10.

³⁴⁸ Per una panoramica generale sul tema: LORENZO PICOTTI, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia*, in «Diritto penale e processo» (agosto 2022).

³⁴⁹ Facebook (oggi Meta), Microsoft, Twitter (oggi denominato X) e YouTube, di proprietà di Google. Successivamente hanno aderito anche Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion, Jeuxvideo.com, TikTok, LinkedIn, Rakuten Viber e Twitch.

principalmente ad assicurare la perseguibilità transfrontaliera delle offese, quanto a far sì che i gestori delle piattaforme *social* predispongano delle regole per i contenuti che i propri utenti possono caricare, vietando in particolare la pubblicazione di discorsi d'odio.

Si tratta di un atto non cogente ma che viene implementato spontaneamente dagli aderenti e che contiene, tra le altre disposizioni, specifici obblighi di tutela degli utenti e di moderazione dei contenuti. La finalità dichiarata di tale documento è infatti assicurare l'applicazione anche *online* delle normative nazionali di recepimento della Decisione Quadro 2008/913/GAI di cui si è parlato nel capitolo II³⁵⁰.

Viene poi previsto un meccanismo di monitoraggio periodico dell'operato delle piattaforme nella gestione delle segnalazioni degli utenti da parte della Commissione. Le firmatarie sono infatti tenute a rimuovere entro 24 ore i contenuti segnalati dagli utenti perché in violazione delle linee guida.

A un simile approccio collaborativo e di *soft law* l'Unione europea ha affiancato ulteriori iniziative volte all'armonizzazione delle normative nazionali in contrasto all'*hate speech*.

Nel perseguimento di tale obiettivo la Commissione ha infatti intrapreso, nel dicembre del 2020, un progetto di ampliamento dell'ambito delle materie di competenza dell'Unione *ex art. 83 § 1 TFUE*. L'obiettivo di tale proposta è inserire l'*hate speech* (non solo *online*) nell'elenco dei reati sui quali l'Unione può legiferare. Ciò permetterebbe di minimizzare le interferenze e le difficoltà di coordinamento, specie nelle ipotesi transfrontaliere di offese *online*, dovute ai

³⁵⁰ Nel documento illustrativo del Codice di condotta predisposto dalla Commissione si sottolinea infatti che: «Se da un lato l'applicazione effettiva delle disposizioni che prevedono il reato di incitamento all'odio dipende dall'esistenza di un solido sistema di applicazione delle sanzioni penali contro i singoli autori dei discorsi di incitamento all'odio, dall'altro questa azione deve essere integrata da iniziative atte a garantire che appena ricevono una valida segnalazione gli intermediari *online* e le piattaforme dei media sociali reagiscano prontamente, in tempi idonei, per contrastare le forme illegali di incitamento all'odio *online*». Il documento è disponibile su: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?id%3D42861&ved=2ahUKEwjyuf3296JAxXJBdsEHZivMxEQFnoECAsQAQ&usg=AOvVaw3vTCOIL7nBvLCy9FgXJR2V>.

diversi regimi giuridici vigenti negli Stati membri.

Abbiamo visto infatti, come il protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica non abbia raggiunto l'obiettivo di armonizzazione sperato. L'iniziativa, sostenuta dal Parlamento europeo (da ultimo attraverso una risoluzione del 18 gennaio 2024³⁵¹) rimane tuttora subordinata a un accordo all'interno del Consiglio, ad oggi assente per via della difficoltà riscontrata nel trovare un compromesso tra gli Stati membri. La procedura predisposta dall'art. 83 TFUE prevede infatti che il Consiglio decida all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo³⁵².

Parte della dottrina si è espressa in senso critico rispetto a questo progetto di ampliamento³⁵³ richiamando molte delle preoccupazioni inerenti alla limitazione della libertà d'espressione che potrebbe conseguirne.

In ogni caso, in attesa di poter procedere con la modifica del Trattato, l'Unione ha optato per un intervento più specifico, introducendo la Direttiva (UE) 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, entrata in vigore il 13 giugno 2024, che, all'art. 8, predispone l'obbligo in capo agli Stati di incriminare i discorsi d'odio *online* di stampo misogino o comunque legati a discriminazione di genere³⁵⁴. Nel contesto di un'iniziativa generale volta al contrasto della violenza contro le donne, nel considerando 25 della direttiva si enfatizza l'importanza di intervenire sui discorsi d'odio prima che questi possano degenerare nella commissione di atti violenti nella vita reale.

³⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2024 “Estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio” (2023/2068(INI)).

³⁵² Per una panoramica dell'*iter* relativo all'iniziativa di estensione: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-hate-crimes-and-hate-speech>

³⁵³ ILARIA ANRÒ, *Online hate speech: la prospettiva dell'unione europea*, in «Osservatorio sulle Fonti» (2023), 1, p. 38 ss.

³⁵⁴ L'articolo 8, rubricato “Istigazione alla violenza o all'odio online” prevede che: «Gli Stati membri provvedono affinché sia punita come reato la condotta intenzionale consistente nell'istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di detto gruppo definito con riferimento al genere, diffondendo al pubblico tramite TIC materiale contenente tale istigazione. Ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di configurare come reato soltanto le condotte atte a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciose, offensive o ingiuriose». Per TIC si intendono le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, come stabilito al considerando n. 17 della direttiva.

È bene evidenziare che gli obblighi di incriminazione trovano fondamento negli artt. 82 e 83 TFUE, relativi alla tutela delle vittime della criminalità e alle materie dei reati di sfruttamento sessuale di donne e minori e dei reati informatici. La scelta dell'Unione non è andata esente da critiche³⁵⁵ in virtù della natura estremamente variegata delle disposizioni introdotte dalla direttiva. Per quanto riguarda la specifica ipotesi prevista dall'art. 8 tuttavia, la competenza sembra essere ancorata solidamente nella persecuzione di illeciti informatici prevista dall'art. 83 TFUE.

Queste osservazioni richiamano il tema relativo all'estensione del catalogo dei reati europei per includere l'*hate speech*. Sebbene in questa specifica ipotesi non sia stato necessario un simile ampliamento proprio in virtù della copertura fornita dal carattere informatico dell'illecito, prevedere una competenza relativa all'intera materia dei discorsi d'odio permetterebbe un intervento a livello europeo di carattere più sistematico. Tale operazione faciliterebbe il superamento delle difficoltà inerenti alla ricerca di una base giuridica di volta in volta diversa a seconda della categoria di vittime discriminate.

In questo paragrafo si sono trattate brevemente alcune delle iniziative volte a contrastare direttamente le condotte di *hate speech* commesse *online*, tanto con strumenti cogenti quanto con atti di *soft law*. Si è visto come l'evoluzione dei sistemi di comunicazione in rete abbia progressivamente indotto i legislatori a considerare e coinvolgere le grandi imprese che gestiscono i *social media*. Nel prossimo paragrafo approfondiremo il ruolo di tali soggetti e la normativa a essi riferita trattando della responsabilità degli *internet service provider*.

³⁵⁵ ELISABETTA BERGAMINI, *Combating violence against women and domestic violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: the proposal for an EU directive*, in «Freedom, security & justice : European legal studies» (2023), 2, pp. 26 ss. L'autrice in particolare sottolinea come l'art. 82 preveda una competenza per la tutela delle vittime di reati ma la direttiva si spinga molto oltre introducendo nuove incriminazioni che non possono ricevere copertura dal suddetto articolo. L'autrice continua con una critica dell'individuazione della base giuridica per alcuni dei reati di violenza contro le donne nell'art. 83 in quanto l'elenco di "reati europei" presente nella disposizione è tassativo e non sembra potersi ricomprendere l'intero insieme delle disposizioni nel concetto di *sex trafficking*.

4. La responsabilità degli *internet service provider*.

In questo paragrafo ci occuperemo della responsabilità degli *internet service provider* (d'ora in avanti *ISP*), ossia dei prestatori di servizi *online*³⁵⁶, per i contenuti illeciti pubblicati su *internet* dagli utenti mediante l'uso dei loro servizi.

Nel cercare di identificare i soggetti di nostro interesse, ci si imbatte immediatamente nelle definizioni contenute nelle fonti normative che li riguardano.

Una prima regolamentazione del ruolo degli *ISP* viene introdotta a livello dell'Unione europea all'inizio nuovo millennio. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare parlando del primo protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest, si tratta di un tempo precedente all'avvento dei *social media* e alla presa di consapevolezza rispetto alle dinamiche ingenerate da tali strumenti sulle comunicazioni *online* che abbiamo evidenziato nel §2. In questo primo periodo della disciplina di *internet*, l'interesse del legislatore era infatti principalmente rivolto a favorire lo sviluppo del commercio elettronico, allora agli albori, attraverso una serie di regole poco intrusive sull'autonomia privata³⁵⁷, limitando fortemente le ipotesi di responsabilità degli *ISP* per i contenuti che circolavano sulle loro piattaforme. Il presupposto di un simile trattamento di favore era individuato nella ritenuta neutralità degli *ISP* rispetto al materiale digitale caricato dagli utenti.

Come avremo modo di osservare, tale concezione è ad oggi fortemente cambiata, ma per comprendere l'assetto attuale delle disposizioni in materia di responsabilità degli *ISP* occorre ripercorrerne con ordine le tappe evolutive.

In primo luogo, viene in rilievo la Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE. In questa sede, il legislatore europeo stabilisce alcune disposizioni

³⁵⁶ L'*internet service provider* viene definito come: «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione» art. 2, lett. b), Direttiva 2000/31/CE di cui si dirà a breve.

³⁵⁷ MARTA LAMANUZZI, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, in «Legislazione Penale» (maggio 2021), p. 13.

sulla responsabilità degli *internet service provider*, o prestatori di servizio, escludendo, come anticipato, un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti caricati dagli utenti all'art. 15³⁵⁸. L'atto normativo è stato fedelmente recepito nel nostro ordinamento dal decreto legislativo del 9 settembre 2003, n. 70 che agli articoli 14, 15, 16 e 17 riproduce quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14 e 15 della direttiva.

Alla previsione di esonero generale dell'art. 15, riprodotta nell'art. 17 del d.lgs. 70 del 2003, si affiancano poi delle specificazioni a seconda del ruolo concretamente svolto dall'*ISP*, che può consistere nel mero trasporto delle informazioni (*mere conduit*), nella memorizzazione temporanea (*caching*) o in quella duratura (*hosting*).

Concentrandoci ora sulle disposizioni del d.lgs. 70 del 2003, è possibile, a norma dell'art. 14³⁵⁹, che il prestatore di servizi di «mero trasporto» decada dall'esenzione di responsabilità qualora svolga delle operazioni di manipolazione delle informazioni trasportate. Al pari, lo stesso può avvenire per il prestatore di «*caching*» se, ad esempio, come disposto dall'art. 15³⁶⁰, svolge

³⁵⁸ L'articolo 15, rubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza" stabilisce che: «[...] gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti a informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

³⁵⁹ L'intero art. 14 recita: « 1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: (a) non dia origine alla trasmissione; (b) non selezioni il destinatario della trasmissione; (c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse; 2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1, includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

³⁶⁰ L'art. 15 stabilisce che il prestatore di servizio di memorizzazione temporanea non è tenuto responsabile a condizione che: « a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga 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 che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa

a sua volta delle modifiche sulle informazioni memorizzate o non si conforma agli *standard* di settore per l'accesso e la modifica delle informazioni. Per quanto riguarda l'*hosting provider*, l'operatività dell'art. 17 è subordinata (dall'art. 16) a condizioni più stringenti in quanto è necessario che il prestatore non sia effettivamente a conoscenza dei contenuti illeciti e «*non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*»³⁶¹.

Si può notare come il prestatore di servizio sia tenuto alla rimozione dei contenuti illeciti esclusivamente a seguito di un ordine proveniente da un'autorità.

Poiché la direttiva è focalizzata sulla predisposizione di un'area di esenzione da un obbligo di sorveglianza degli intermediari e non prevede esplicitamente per tali soggetti una responsabilità penale ci si è interrogati sull'applicazione dei criteri di imputazione previsti dal codice penale e in particolare sulla configurabilità di un concorso *ex art 110 c.p.* per gli illeciti commessi dagli utenti. Il tema presenta una certa complessità, pertanto, in questa sede ci si limiterà a qualche cenno generale. Nel procedere in questo senso si deve tener conto del fatto che l'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003 non prevede un apparato sanzionatorio per l'inosservanza dei precetti ivi espressi; per tale ragione, la violazione, per poter assumere rilevanza penale, deve integrare specifiche e ulteriori fattispecie di reato³⁶².

Una soluzione ragionevole sembra quella di poter configurare, accanto a una responsabilità nei casi in cui il *provider* esegua autonomamente l'immissione dei contenuti illeciti³⁶³, un concorso con l'utente nelle ipotesi in cui il *provider* abbia intenzionalmente predisposto e fornito i mezzi per la commissione del

ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione».

³⁶¹ Art. 16, c. 1, lett. *b*.

³⁶² SOFIA BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in «Diritto Penale e Processo» (2023), 3, p. 373.

³⁶³ *Ibidem*, p. 373.

reato prima della sua consumazione o ancora quando abbia provveduto a una nuova diffusione grazie ad attività di modifica o ri-condivisione di un messaggio già pubblicato³⁶⁴.

Un ulteriore tema, maggiormente controverso, riguarda il regime della responsabilità per omessa rimozione. La dottrina italiana³⁶⁵ si è infatti interrogata sulla possibilità di portare un rimprovero penale nel caso in cui gli *internet service provider* non si conformino agli ordini di rimozione provenienti dalle autorità giudiziarie o amministrative, ma al riguardo gli interpreti sono divisi³⁶⁶.

Nonostante l'impostazione di fondo della direttiva, incentrata sul presupposto della neutralità del ruolo degli *internet service providers*, la prassi applicativa di queste disposizioni in ambito civile si è mossa progressivamente verso una contrazione dell'area di esenzione con un conseguente ampliamento della responsabilità degli *ISP* e un allontanamento dalla lettera delle norme³⁶⁷.

In particolare, si è ritenuto che nelle ipotesi di *host* c.d. attivi³⁶⁸, ossia quando l'*ISP* svolge un ruolo nella indicizzazione, organizzazione e presentazione delle informazioni, l'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti possa scattare anche in assenza di un preventivo ordine da parte dell'autorità di vigilanza³⁶⁹ (fosse essa giudiziaria o amministrativa).

La stessa tendenza si è riscontrata anche a livello europeo grazie a diverse

³⁶⁴ SERGIO SEMINARA, *La diffamazione e le responsabilità penali sul web* in GIULIA AVANZINI, GIUDITTA MATUCCI, LUCIA MUSSELLI, *Informazione e media nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 138.

³⁶⁵ ALEX INGRASSIA, *Il ruolo dell'isp nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2012). pp. 37 ss.

³⁶⁶ SERGIO SEMINARA in *La diffamazione e le responsabilità penali sul web*, cit. p. 141 esclude la possibilità di configurare una responsabilità omissiva impropria per non aver impedito il reato nei casi di inosservanza di un ordine giudiziale di rimozione ma ammette la possibilità di applicare gli artt. 650 e 388 c.p.; cfr. ALEX INGRASSIA, *Il ruolo dell'isp nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit. p. 38, il quale dubita anche dell'applicabilità dell'art. 650 c.p. Inoltre, per un parere favorevole all'esistenza di una posizione di garanzia (con riferimento alle violazioni del diritto d'autore) si veda invece ROBERTO FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, CEDAM, 2010, pp. 457 ss.

³⁶⁷ PIETRO FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in «MediaLaws» (2020), 1. pp. 151 ss.

³⁶⁸ Per una riflessione critica su questa distinzione si veda: CLAUDIO NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in «Rivista italiana di informatica e diritto», 1 (2019), pp. 101 ss.

³⁶⁹ PIETRO FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, cit. p. 151.

pronunce della Corte di Giustizia che hanno prodotto, di fatto, un considerevole ampliamento della sfera di responsabilità degli ISP, permettendo agli Stati membri di predisporre specifiche ipotesi in cui i prestatori di servizi vengono effettivamente gravati da un obbligo di sorveglianza.

Sempre in una prospettiva maggiore responsabilizzazione dei prestatori di servizi *online*, pur però senza incidere sull'assetto generale della responsabilità degli ISP, si inserisce nel 2018 un intervento specifico da parte del legislatore europeo dedicato alle piattaforme di distribuzione di media audio-visuali³⁷⁰.

La Direttiva (UE) 2018/1808 ha come obiettivo l'adattamento della Direttiva 2010/13/UE sulla disciplina dei servizi di media audiovisivi alle nuove evoluzioni tecnologiche. Particolare attenzione viene data alla repressione dell'*hate speech* prevedendo, attraverso la modifica dell'art. 6³⁷¹, l'obbligo per gli Stati membri di impegnarsi a garantire, attraverso i mezzi adeguati, che i servizi di media audiovisivi erogati dai fornitori soggetti alla loro giurisdizione non contengano istigazioni all'odio o alla violenza contro gruppi vulnerabili identificati dall'art. 21 della Carta di Nizza³⁷².

La tappa più recente di questa evoluzione tendente ad un maggior coinvolgimento degli ISP si è raggiunta con l'aggiornamento della Direttiva 2000/31/CE da parte del Regolamento (UE) 2022/2065, il c.d. *Digital Service*

³⁷⁰ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della Direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

³⁷¹ Il testo integrale recita: «Fermo restando l'obbligo degli Stati membri di rispettare e proteggere la dignità umana, gli Stati membri assicurano mediante appositi mezzi che i servizi di media audiovisivi erogati dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano: a) istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo sulla base di uno dei motivi di cui all'articolo 21 della Carta; b) alcuna pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo di cui all'articolo 5 della Direttiva (UE) 2017/541. Le misure adottate ai fini del presente articolo devono essere necessarie e proporzionate e rispettare i diritti e i principi sanciti dalla Carta». Cfr. il previgente articolo 6: «Gli Stati membri assicurano, con misure adeguate, che i servizi di media audiovisivi forniti dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità». Si può notare attraverso il richiamo alla Carta di Nizza un notevole ampliamento dei soggetti che la direttiva intende tutelare.

³⁷² Le caratteristiche elencate sono: il sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Act (DSA), entrato pienamente in vigore nel febbraio del 2024.

Abbiamo visto come negli anni successivi all'introduzione della direttiva sul commercio elettronico, e in particolare dopo l'emersione dei *social media*, l'idea di neutralità dei prestatori di servizio sia venuta meno e come tale mutamento si sia riflesso negli interventi della giurisprudenza; per un adattamento della normativa relativa alla disciplina generale della responsabilità degli *ISP* da parte del legislatore eurounitario si è però dovuto attendere l'entrata in vigore del nuovo Regolamento.

Con il *DSA* si prende quindi atto del superamento della c.d. *net neutrality*³⁷³. In particolare, un tale cambio di prospettiva avviene tenendo conto dell'apporto che gli algoritmi che governano le piattaforme *social* svolgono nell'indicizzazione dei contenuti, del guadagno economico a esse derivante³⁷⁴ da questo modello di *business* e dei mezzi tecnici a disposizione ai gestori dei *social network* per la rimozione dei contenuti. A queste considerazioni se ne affiancano alcune di carattere più ampio, secondo le quali lo spazio virtuale offerto dalle piattaforme digitali svolge ormai un ruolo talmente importante per il discorso pubblico da non poter essere più trattato come un dominio esclusivamente privato e quindi estraneo a logiche di interesse generale³⁷⁵.

Il Regolamento è parte di un intervento strategico di ampia portata³⁷⁶, voluto dalle istituzioni europee per la creazione di un mercato unico digitale contendibile, equo e che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo³⁷⁷.

³⁷³ Sul tema del superamento della *net neutrality* si veda l'intero contributo di MARTA LAMANUZZI, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, cit. e in particolare p. 14.

³⁷⁴ ALEXANDER BROWN, *What is so special about online (as compared to offline) hate speech?*, cit. p. 310.

³⁷⁵ Si è in tal senso affermato: «[...] i *social* sono ormai diventati, di fatto, un pezzo di infrastruttura democratica immateriale, di talché la nostra democrazia non può più consentire che i gestori di piattaforme agiscano come se le questioni dell'odio online, dell'apologia del fascismo, della violenza verbale rimangano semplici vicende private tra proprietario del giardino e visitatori». PIETRO FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in «MediaLaws» (2020), 1, p. 148.

³⁷⁶ Insieme al Regolamento gemello, il *Digital Market Act*, forma il c.d. *Digital Service Package*, nome attribuito al progetto di razionalizzazione e aggiornamento della disciplina europea dei mercati digitali.

³⁷⁷ Si è in tal senso affermato che: «L'obiettivo dichiarato del DSA è il rafforzamento delle garanzie dei diritti fondamentali nel settore dei servizi digitali: una prospettiva diametralmente opposta a quella della Direttiva sul

Esso opera una graduazione degli obblighi dei prestatori di servizi in relazione, non più solo alle operazioni svolte sui contenuti (*mere conduit, caching, hosting*), ma anche in ragione delle dimensioni dell'attività. Si differenzia a seconda che il soggetto sia classificabile come intermediario o come piattaforma di piccole o grandi dimensioni. Per le piattaforme più grandi, le c.d. *very large online platforms (VLOP)*, sono previsti una serie di obblighi aggiuntivi³⁷⁸ che seguono una logica di gestione e prevenzione del rischio posta alla base anche dei più recenti interventi di legislazione europea delle tecnologie digitali³⁷⁹.

In via generale, rimane escluso un preventivo obbligo di sorveglianza, si specifica, all'art. 7, che eventuali attività di indagine sulla legalità dei contenuti svolte dal prestatore di servizio non fanno venir meno tale esenzione.

Per quanto riguarda le attività di *mere conduit, caching* e *hosting* i limiti alla responsabilità dell'intermediario rimangono invariati qualora esso si limiti ad un'attività neutrale ossia che non incide sui contenuti trasportati. Per l'*hosting provider*, affinché sia esclusa la responsabilità, l'art. 6 ripropone le due condizioni previste dalla direttiva: l'assenza dell'effettiva conoscenza del contenuto illegale e il requisito che l'*ISP* si adoperi per la pronta rimozione. La novità risiede nell'innesto con l'art. 16 che stabilisce che debbano essere predisposte delle apposite procedure da parte dei gestori che permettano la pronta segnalazione dei contenuti da parte degli utenti. Si chiarisce che in caso di segnalazione, l'*hosting provider* acquisisce una conoscenza effettiva dell'illiceità dei contenuti che

commercio elettronico, che dimostra l'evoluzione delle sensibilità del legislatore comunitario (e non solo) sul tema». ILARIA ANRÒ, *Online hate speech: la prospettiva dell'unione europea*, cit. p. 26

³⁷⁸ Se il servizio offerto prevede oltre alla memorizzazione di contenuti anche la loro diffusione a utenti terzi allora tale offerto dal prestatore può essere qualificato come "piattaforma *online*". L'art. 20 impone ai prestatori di piattaforme *online* l'obbligo di predisporre una sezione apposita per la gestione e la consultazione delle informazioni relativi ai reclami. L'art. 34 prevede obblighi di pianificazione e gestione del rischio per le piattaforme di dimensioni maggiori, che raggiungano cioè almeno 45 milioni di utenti; le stesse devono sottoporsi a un controllo svolto da un ente indipendente a cadenza annuale (*ex art.* 37). La designazione delle imprese che rientrano in questa categoria, le c.d. VLOP (*very large online platforms*), avviene a opera della Commissione. Sempre nel senso di diversificare il trattamento a seconda delle dimensioni degli operatori l'art. 19 esclude l'applicazione delle norme rivolte alle piattaforme alle piccole o microimprese.

³⁷⁹ Il riferimento è al c.d. *EU AI Act*, Regolamento (EU) 2024/1689 del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

può far venir meno l'esonero di responsabilità ai sensi dell'art. 6 qualora l'atto del privato permetta di: «*individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato*».

Si può quindi osservare che, nell'impostazione che deriva dal Regolamento, rimane un meccanismo di *notice and take down*; ma rispetto a quanto previsto dall'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, a norma del quale l'obbligo di rimozione insorge esclusivamente a seguito di un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa, si predispone però l'attivazione dei *provider* anche a seguito delle segnalazioni degli utenti. La finalità di una simile modifica risiede nella necessità di accelerare la risposta di fronte alla diffusione dei contenuti illeciti.

Nonostante il *DSA* contenga numerose altre disposizioni³⁸⁰, ai fini della nostra trattazione può bastare quanto fin qui esposto. Su questa base si può invero affermare che il dibattito sul tipo di responsabilità per omessa rimozione da parte degli *hosting provider* rimane tuttora aperto, in quanto, benché il Regolamento sia per definizione *self executing*, né il legislatore europeo né quello italiano hanno dato al riguardo specifiche indicazioni. D'altra parte, rispetto al passato, si deve tener conto che l'*hosting provider* è obbligato ad attivarsi non più solo davanti a una segnalazione ufficiale ma anche quando questa provenga dai privati fruitori della piattaforma. Anche per questa ragione all'indomani dell'entrata in vigore del *DSA* si era auspicato³⁸¹ un intervento volto a chiarire i contorni della responsabilità degli *hosting provider* nel versante nazionale; ma nondimeno, il decreto legislativo del 25 marzo 2024, n. 50, che ha provveduto all'abrogazione degli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003, nulla ha disposto a riguardo. Considerando la recente introduzione della normativa si dovrà

³⁸⁰ Il Regolamento prevede che un ruolo particolare sia assegnato all'autorità nazionale deputata alla sorveglianza della corretta ed effettiva applicazione delle disposizioni del Regolamento, il c.d. *Digital Services Coordinator* (art. 38). Nel caso italiano tale ruolo è stato assegnato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM).

³⁸¹ SOFIA BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali*, cit. p. 375.

attendere anche l'apporto della giurisprudenza per valutare ulteriori profili interpretativi nonché un auspicabile nuovo intervento legislativo.

Riassumendo, abbiamo visto, tramite l'evoluzione degli obblighi imposti in sede sovranazionale, un generale andamento verso la responsabilizzazione degli *ISP* che non si spinge però fino a predisporre un onere di censura preventiva. I contenuti, infatti, non devono essere controllati dalle piattaforme prima della loro pubblicazione da parte degli utenti. D'altra parte, un'impostazione diversa rischierebbe di creare notevoli tensioni con il rispetto della libertà d'espressione in virtù del ruolo essenziale che viene ormai svolto dalle piattaforme digitali nel discorso pubblico. Particolarmente problematico sarebbe affidare un compito così delicato a degli attori privati, quali le imprese proprietarie delle piattaforme digitali³⁸². Al contempo però, come è emerso del resto dall'intero lavoro, a tali istanze di libertà e deregolamentazione si affiancano esigenze di tutela altrettanto meritevoli.

Si ripropone, nell'ambito digitale, lo stesso problema di bilanciamento visto in precedenza in relazione al mondo analogico, sennonché nell'ambito della regolamentazione degli *internet service provider* viene in rilievo anche la salvaguardia della libertà di iniziativa economica degli operatori digitali. La strategia implementata dalle istituzioni europee sembra, in ogni caso, essere quella di un equilibrio compromissorio, tra logiche di incentivo economico ed esigenze di tutela, basato sulla collaborazione volta a sfruttare le capacità tecniche e la posizione privilegiata di controllo *ex post* degli *ISP*.

5. Conclusioni.

Giunti al termine di questo capitolo e dell'intero lavoro, è necessario

³⁸² A ben vedere anche un ruolo decisionale come quello che è già affidato ai gestori delle piattaforme, attraverso la valutazione delle segnalazioni volte alla rimozione dei contenuti, porta con sé delle valutazioni pericolose di decisioni arbitrarie da parte loro. Sul punto: SOFIA BRASCHI, *Il ruolo delle reti sociali nel contrasto ai reati commessi all'interno del web. Tendenze evolutive e prospettive di sviluppo*, in «MediaLaws» (2021), p. 110.

svolgere alcune considerazioni finali. Tra le numerosissime strade che si potrebbero intraprendere per concludere il nostro percorso, si metteranno a fuoco due aspetti che, alla luce delle riflessioni svolte nelle pagine precedenti, appaiono arricchiti di una nuova prospettiva: il rapporto tra discorsi d'odio e libertà di espressione, e l'offensività della propaganda.

Come sappiamo, le esigenze di tutela sottese alla repressione penale dei discorsi d'odio si sono da subito scontrate con comprimarie istanze di libertà. L'impostazione tradizionale del problema del bilanciamento vedeva contrapposti l'interesse di gruppi e singoli individui a non subire discriminazioni, rivendicando la propria dignità umana al pari degli altri consociati, alla libertà di espressione di altri soggetti. La salvaguardia del diritto di manifestare il proprio pensiero era quindi inquadrata in una prospettiva prettamente individualista.

In tale ottica c'è chi ha evidenziato come la dignità umana comprenda al suo interno la libertà d'espressione³⁸³, quindi limitare quest'ultima in uno sforzo di tutelare la prima potrebbe risultare ossimorico. Preso però atto degli effetti negativi sul discorso pubblico prodotti dall'avvento dei *social network* (quali ad esempio la polarizzazione e le *echo chambers* visti nel §2) si potrebbe forse ribaltare un simile ragionamento sostenendo che la volontà di non reprimere i discorsi d'odio *online*, in ossequio alla libertà d'espressione, finirebbe in realtà per limitare proprio il diritto che si intende tutelare.

Se è vero, infatti, che la facoltà di esprimersi mediante le piattaforme digitali ha esponenzialmente aumentato l'effettiva capacità del singolo individuo di manifestare un proprio pensiero, è anche vero però che tali effetti virtuosi non si sono riverberati sulla macro-scala del dibattito pubblico. L'inquinamento dei *forum* di discussione operato dagli algoritmi che enfatizzano i messaggi sensazionalistici, insieme al noto *silencing effect*, hanno fatto sì che l'intenzione di

³⁸³ DOMENICO PULITANÒ, *Potere della parola, parole del potere*, in «Sistema Penale» (novembre 2022), p.2.

mantenere una neutralità rispetto alla regolamentazione delle comunicazioni *online* abbia in realtà principalmente prodotto effetti negativi sulla libertà d'espressione. Almeno nel caso in cui essa sia concepita come funzionale al mantenimento di un pluralismo di idee che è a sua volta fondamentale per il processo democratico.

Concludendo sul punto, occorre quindi riconoscere che se in un'ottica microscopica la libertà di espressione non è mai stata favorita quanto dagli attuali mezzi di comunicazione, in una prospettiva macroscopica, che abbia riguardo della possibilità di informarsi e concorrere con la propria opinione al discorso pubblico, l'avvento dei *social network* ha posto ulteriori esigenze di regolamentazione.

Venendo ora al secondo argomento, appare opportuno svolgere una breve considerazione sull'offensività delle condotte di propaganda. Si era visto nel capitolo precedente come, rispetto a un *deficit* di offensività, l'ipotesi di propaganda d'odio per motivi etnici, razziali, religiosi, suscitava le maggiori perplessità più avvicinandosi a una "mera diffusione di idee".

Tuttavia, grazie alla possibilità di diffusione permessa dai mezzi tecnologici, le potenzialità dannose di un messaggio comunicato da un soggetto privato assumono dimensioni difficilmente trascurabili e che permettono di recuperare l'offensività per discorsi d'odio che, diversamente da quanto avverrebbe se comunicati *offline*, possono raggiungere milioni di ascoltatori. Prima dell'avvento dei moderni mezzi di comunicazione, per assumere livelli di pubblicità e diffusione considerevoli, la propaganda doveva provenire da soggetti organizzati e dotati di una piattaforma di ascoltatori prestabilita; gli effetti dannosi della comunicazione si esaurivano una volta terminata l'enunciazione del messaggio. Ciò non è più vero per la diffusione di discorsi d'odio sul *web* in quanto una volta che il messaggio è stato pubblicato l'autore può perdere il controllo sullo stesso per via di ri-condivisioni il cui numero non è preventivamente determinabile.

In breve, quindi, l'amplificazione esponenziale di un messaggio d'odio attraverso la diffusione capillare che è resa possibile dalle comunicazioni digitali permette di recuperare parte dell'offensività delle condotte di propaganda facendo leva su due aspetti. Il primo riguarda la maggiore forza persuasiva, esemplificata dal fenomeno delle *echo chambers*, che un messaggio assume quando venga continuamente ripetuto. Il secondo risiede nel prolungamento degli effetti di stigmatizzazione negativa che derivano dal discorso d'odio grazie alla permanenza dei contenuti caricati su *internet*.

Concludendo, quelli delineati in questo capitolo sono solo spunti di un discorso molto più ampio che è in corso di sviluppo non solo sul piano del dibattito pubblico, ma anche nelle agende delle istituzioni europee e sovranazionali così come dei legislatori nazionali. Allo stesso tempo le nuove sfide del mondo digitale si riflettono sui vecchi interrogativi che la materia dei discorsi d'odio ha presentato fin dalla sua nascita e che abbiamo analizzato nel corso di questo lavoro.

La strada da compiere per una razionalizzazione dell'intervento penale in materia di discorsi d'odio è dunque ancora molta e deve fare i conti con lo svantaggio creato dalle diverse velocità a cui viaggiano le iniziative legislative da un lato e il progresso tecnologico dall'altro. Nonostante ciò, il dialogo tra queste realtà, come si è avuto modo di vedere, è aperto e in continua evoluzione. Con questa trattazione confido di aver fornito, senza pretese di completezza, un punto di partenza per una comprensione sistematica di un argomento soggetto a continue trasformazioni.

BIBLIOGRAFIA:

- AMBROSI, ANDREA, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quaderni costituzionali» (2008), 3, pp. 519-544.
- ANRÒ, ILARIA, *Online hate speech: la prospettiva dell'unione europea*, in «Osservatorio sulle Fonti» (gennaio 2023), 1, pp. 14-39.
- BACCO, FEDERICO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, Giappichelli, 2018.
- BALBI, GIULIANO, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in «Criminalia» (2018), pp. 1-33.
- BARTOLI, ROBERTO, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in «Sistema Penale» (luglio 2021), pp. 1-8.
- BELLAGAMBA, FILIPPO, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in «Criminalia» (2018), pp. 266-290.
- BERGAMINI, ELISABETTA, *Combating violence against women and domestic violence from the Istanbul Convention to the EU Framework : the proposal for an EU directive*, in «Freedom, security & justice : european legal studies» (2023), 2, pp. 21-41.
- BERNARDI, SILVIA, *Il nuovo principio della «riserva di codice» e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, Diritto Penale Contemporaneo, 4 (2018), pp. 127-133.
- BORTONE, ROBERTO – CERQUOZZI, FRANCESCA, *L'hate speech al tempo di Internet*, in «Aggiornamenti Sociali» (dicembre 2017), pp. 818-827.
- BOYLE, KEVIN, *Hate Speech--The United States Versus the Rest of the World Frank M. Coffin Lecture on Law and Public Service--Editors Note*, in «Maine Law Review», 53 (2001), 2, pp. 488-502.
- BRASCHI, SOFIA, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la*

- responsabilità degli Internet Service Provider?*, in «Diritto Penale e Processo» (2023), 3, pp. 367-377.
- BRASCHI, SOFIA, *Il ruolo delle reti sociali nel contrasto ai reati commessi all'interno del web. Tendenze evolutive e prospettive di sviluppo*, in «MediaLaws» (2021), 2, pp. 100-112.
- BROWN, ALEXANDER, *What is so special about online (as compared to offline) hate speech?*, in «Ethnicities», 18 (2018), 3, pp. 297-326.
- BROWN, ALEXANDER – SINCLAIR, ADRIANA, *The Politics of Hate Speech Laws*, Routledge, 2019.
- CAIELLI, MIA, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (2015), 1, pp. 54-65.
- CAPUTO, MATTEO, *La «menzogna di Auschwitz», le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, Diritto Penale Contemporaneo (gennaio 2014), pp. 1-50.
- CAROLI, PAOLO, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqia+*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (giugno 2024), pp. 1-25.
- CAROLI, PAOLO, *La giurisprudenza penale italiana di fronte alle discriminazioni delle persone lgbtqia+. una ricognizione sistematica del diritto vivente.*, in «Sistema Penale» (maggio 2023), pp. 1-30.
- CARUSO, CORRADO, *D.d.l. Zan: diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in «Quaderni costituzionali» (2021), 3, pp. 676-679.
- CARUSO, CORRADO, *La libertà di espressione in azione.*, Bononia University Press, 2021.
- CITTERIO, CARLO, *Discriminazione Razziale: Figure di Reato e Oscillazioni del Rigore Punitivo nel Tempo*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO (*Quaderni. Dip. dir.*

- pubblico, int.-Un. PD*), CEDAM, 2006.
- COSTANTINI, ANNA, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in «Diritto penale e processo», 2 (2020), pp. 215-225.
- D'AMICO, LAURA, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. note a margine del d.d.l. zan*, in «La legislazione penale» (giugno 2021), pp. 1-41.
- D'AMICO, MARILISA – SICCARDI, CECILIA, *La Costituzione non odia*, Giappichelli, 2021.
- DEMASKE, CHRIS, *Free Speech and Hate Speech in the United States: The Limits of Toleration*, Routledge, 7 ottobre 2020¹.
- DEMASKE, CHRIS – STEVENS, RICHARD V., *Critical Race Theory*, in «The Free Speech Center» (marzo 2024) [<https://firstamendment.mtsu.edu/article/critical-race-theory/>], consultato il 27/4/2024.
- DHARMAPALA, DHAMMIKA – MCADAMS, RICHARD H., *Words That Kill? An Economic Model of the Influence of Speech on Behavior (with Particular Reference to Hate Speech)*, in «The Journal of Legal Studies», 34 (2005), 1, pp. 93-136.
- DI ROSA, ALESSANDRO, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi Ediotre, 2020.
- DOLCINI, EMILIO, *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), 18, pp. 1-10.
- DONINI, MASSIMO, *Negazionismo e protezione della memoria*, in «Sistema Penale» (febbraio 2021), pp. 1-14.
- FALLETTA, PIETRO, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in «MediaLaws» (2020), 1, pp.146-158.
- FALOPPA, FEDERICO – GAMBACORTA, ANTONIO – ODEKERKEN, RICHARD – VAN DER NOORDAA, ROBERT, *Study on preventing and combating hate speech*

- in times of crisis*, Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion (CDADI) (novembre 2023), pp. 7-55.
- FARRIOR, STEPHANIE, *Molding the Matrix: The Theoretical and Historical Foundations of International Law and Practice Concerning Hate Speech*, in «Berkeley Journal of International Law», 14 (1996), 1, pp. 1-98.
- FERRARI, SIMONE, *Sul concetto di discriminazione razziale penalmente rilevante*, in «Giurisprudenza Italiana», n. 1 (2009), p. 164.
- FIANDACA, GIOVANNI, *Intorno al diritto penale liberale*, in «Discrimen | Rivista di diritto penale» (giugno 2019), pp. 1-17.
- FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2019⁸.
- FIGLIO, CARLO, *I reati di opinione*, CEDAM, 1972.
- FLOR, ROBERTO, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, CEDAM, 2010.
- FRONZA, EMANUELA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in «Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo, Anno X» (gennaio 1997), pp. 32-77.
- GALLUCCIO, ALESSANDRA, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, Diritto Penale Contemporaneo (aprile 2019).
- GALLUCCIO, ALESSANDRA, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, 2020.
- GELBER, KATHARINE – MCNAMARA, LUKE, *Evidencing the harms of hate speech*, in «Social Identities», 22 (3 maggio 2016), 3, pp. 324–341.
- GOISIS, LUCIANA, *Crimini d'odio discriminazioni e giustizia penale*, JOVENE, 2019.
- GOISIS, LUCIANA, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (2015), 1, pp. 40-53.
- GOMETZ, GIANMARCO, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», (2017), 32, pp. 1-39.

- GUERRINI, R. – BELLAGAMBA, F., *Delitti contro l'onore*, Giappichelli, 2010.
- HARTOCOLLIS, ANEMONA, *Trump Administration Challenges University of Michigan Anti-Bullying Rules*, in «The New York Times», sezione U.S., 12 giugno 2018 [https://www.nytimes.com/2018/06/11/us/speech-lawsuit-trump-administration-michigan.html], consultato il 28/4/2024.
- IMARISIO, LUCA, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere» (giugno 2015), 1, pp. 28-39.
- INGRASSIA, ALEX, *Il ruolo dell'isp nel cibernazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2012), pp. 1-41.
- LAMANUZZI, MARTA, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, in «Legislazione Penale» (maggio 2021), pp. 1-35.
- LEOTTA, CARMELO, *Razzismo*, vol. IV agg., tomo II, UTET giuridica, 2008.
- MACCHIA, ALBERTO, *Negazionismo, discriminazione e crimini d'odio: verso nuove frontiere? - denial, discrimination and hate crimes: toward new frontiers?*, in «Cassazione Penale» (2022), 1, pp. 26-41.
- MAHALIC, DREW – MAHALIC, JOAN GAMBEE *The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in «Human Rights Quarterly», 9 (1987), 1, pp. 74-101.
- MANCUSO, CHIARA, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in «Diritto penale e processo» (2009), 5, pp. 645-655.
- MANETTI, MICHELA, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di ALFONSO DI GIOVINE, Giappichelli, 2005.
- MANETTI, MICHELA, *Regolare Internet*, in «MediaLaws» (2020), 2, pp. 35-51.
- MATSUDA, MARI J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in

- «Michigan Law Review», 87 (1989), 8, pp. 2320-2381.
- MAY, DAVID A., *R.A.V. v. St. Paul* (1992), in «The Free Speech Center» (1 gennaio 2009) [<https://firstamendment.mtsu.edu/article/r-a-v-v-st-paul/>], consultato il 29/4/2024.
- MCHANGAMA, JACOB, *The problem with hate speech laws*, in «The Review of Faith & International Affairs» (2015), 1, pp. 75-82
- MONTALDO, RICCARDO, *La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online*, in «MediaLaws» (2020), 1, pp. 224-229.
- MOSCHETTA, TERESA MARIA, *Decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, in «GIURETA Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente», XII (2014), pp. 21-46
- NAPPI, ANIELLO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, 2010.
- NARDI, VALÉRIE, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, *Diritto Penale Contemporaneo* (marzo 2019), pp. 1-33.
- NOVELLI, CLAUDIO, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in «Rivista italiana di informatica e diritto», 1 (2019), 1, pp. 97-106.
- PACE, ALESSANDRO – MANETTI, MICHELA, *Commentario della Costituzione. Art. 21 Rapporti civili*, Zanichelli, 2006
- PAGLIARULO, GIOVANNI, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in «Archivio Penale» (2014), 3, pp. 1-30.
- PARUZZO, FRANCESCA, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia "antirazzista" della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in «Osservatorio Costituzionale» (2024), 3, pp. 111-131.
- PAVICH, GIUSEPPE – BONOMI, ANDREA, *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*, *Diritto Penale Contemporaneo* (ottobre 2014), pp. 1-38.

- PELISSERO, MARCO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in «Diritto Penale e Processo» (2020), 8, pp. 1017-1021.
- PICOTTI, LORENZO, *I primi vent'anni della Convenzione di Budapest nell'ottica sostanzialista e la mancata ratifica ed esecuzione del Primo Protocollo addizionale contro il razzismo e la xenofobia*, in «Diritto penale e processo» (2022), 8, pp. 1028-1040.
- PICOTTI, LORENZO *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero* a cura di RIONDATO, SILVIO, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, (Quaderni. Dip. dir. pubblico, int.-Un. PD), CEDAM, 2006.
- PINO, GIORGIO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Politica del diritto» (2008), 2, pp. 287-305.
- PRANDI, SARA, *L'uguaglianza violata*, Giappichelli, 2024.
- PUGIOTTO, ANDREA, *Le parole sono pietre?*, Diritto Penale Contemporaneo (luglio 2013), 3, pp. 71-83.
- PUGLISI, GIUSEPPE, *Discriminazione razziale - Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse de iure condendo*, in «Giurisprudenza Italiana», (2018), 5, pp. 1189-1196.
- PUGLISI, GIUSEPPE, *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), 3, pp. 1325-1364.
- PULITANÒ, DOMENICO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2015), 4, pp. 325-332.
- PULITANÒ, DOMENICO,, *Potere della parola, parole del potere*, in «Sistema Penale» (novembre 2022), pp. 1-17.
- PULITANÒ, DOMENICO, *Riforma dei reati d'opinione?*, in «Corriere giuridico», 23 (2006), 6, pp. 745-746.

- PULITANÒ, DOMENICO, *Sulla discussione sul DDL Zan.*, in «Giurisprudenza Penale» (2021), 7-8, pp. 1-9.
- RICCARDI, GIUSEPPE, *Omofobia e legge penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2013), 3, pp. 84-122.
- SALOTTO, FRANCESCA, *Reato di Propaganda Razziale e Modifiche ai Reati d'Opinione (L. 13 ottobre 1975, N. 654; L. 24 febbraio 2006, N. 85)*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di SILVIO RIONDATO (*Quaderni. Dip. dir. pubblico, int.-Un. PD*), CEDAM, 2006.
- SCAFFARDI, LUCIA, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, CEDAM, 2009.
- SCOTTO ROSATO, ANGELO SALVATORE, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in «Diritto Penale Contemporaneo» (2016), 3, pp. 280- 312.
- SEMINARA, SERGIO, *I delitti contro la persona* in BARTOLI, ROBERTO – SEMINARA, SERGIO – PELISSERO, MARCO, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2022².
- SEMINARA, SERGIO, *La diffamazione e le responsabilità penali* in AVANZINI, GIULIA – MATUCCI, GIUDITTA – MUSSELLI, LUCIA, *Informazione e media nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.
- SPADARO, IGNAZIO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Giappichelli, dicembre 2020.
- SPENA, ALESSANDRO, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in «Discrimen | Rivista di diritto penale» (settembre 2018), pp. 577-607.
- SPENA, ALESSANDRO, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale» (2007), pp. 689–738.
- STORTONI, LUIGI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in «Critica del Diritto», 1 (1994), pp. 14-20.
- TARANTINO, DORA, *Diritto penale e «culto del littorio»*, in «Diritto Penale

- Contemporaneo» (2020), 1, pp. 250-273.
- TESAURO, ALESSANDRO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista.*, Giappichelli, 2013.
- TESAURO, ALESSANDRO, “*Le radici profonde non gelano*”; in «Sistema Penale» (gennaio 2024), pp. 1-55.
- VALLINI, ANTONIO, *Criminalizzare l’hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di “propaganda razzista”*, in «Studi sulla questione criminale», 1 (2020), pp. 33-64.
- VIGGIANI, GIACOMO, *Quando l’odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d’odio di matrice omotransfobica in Italia*, in «GenIUS Rivista di Studi Giuridici Sull’Orientamento Sessuale e l’Identità di Genere», 1 (2020), pp. 1-20.
- VISCONTI, COSTANTINO, *Il legislatore azzeccarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in «Il Foro Italiano», 129 (2006), 6, pp 117-224.
- WALDRON, JEREMY, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.
- WALKER, SAMUEL, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, U of Nebraska Press, 1994.
- WEBER, ANNE, *Manuel sur le discours de haine*, Strasbourg, Editions du Conseil de l’Europe, 2009.