

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE
POLITICHE, ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**DAL REATO DI OPINIONE ALL'HATE SPEECH: I LIMITI
DELLA LIBERTA' DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO
NEL DIRITTO PENALE LIBERALE.**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Alessandro Provera

Candidato:

Edoardo Sosso

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

A Sabrina e Walter,

mamma e papà,

a cui devo ciò che sono.

A mia nonna Ada, da sempre mia compagna di vita.

Ai miei nonni Angelo, Ildina e Luigi, ovunque voi siate.

A Jasmine, la mia luce.

A mia sorella Aurora, anima gemella.

INDICE

CAPITOLO I – LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO COME DIRITTO INVIOLABILE E IL NECESSARIO FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEI SUOI LIMITI.

| | |
|---|----|
| 1.1 La libertà di manifestazione del pensiero: profilo storico | 5 |
| 1.2 Natura giuridica: tra individualismo e funzionalismo | 8 |
| 1.3 Le declinazioni del principio nell'ordinamento costituzionale | 10 |
| 1.3.1 L'ambito soggettivo e oggettivo dell'art.21 Cost. | 11 |
| 1.3.2 Dalla libertà di informazione al riconoscimento dei “profili ulteriori” del diritto: questioni interpretative..... | 14 |
| 1.4 Oltre i confini della Costituzione repubblicana: il riconoscimento sovranazionale | 16 |
| 1.5 La libertà di manifestazione del pensiero tra il novero dei diritti “bilanciabili” | 20 |
| 1.5.1 Limite esplicito: il buon costume..... | 22 |
| 1.5.2 Limiti impliciti: la tutela di altri diritti o beni aventi rilievo costituzionale | 25 |
| 1.5.3 Il legame “diritto-dovere” e il divieto di “abuso del diritto” nel sistema CEDU | 27 |

CAPITOLO II - IL REATO DI OPINIONE: NEL COMPLESSO RAPPORTO DIALETTICO TRA LIBERTÀ E CENSURA NEL DIRITTO PENALE LIBERALE.

| | |
|--|----|
| 2.1 I reati di opinione: inquadramento generale | 31 |
| 2.2 Profilo storico: premesse metodologiche | 33 |
| 2.3 La penalizzazione delle opinioni: dall'età liberale alla legislazione repubblicana | 34 |
| 2.3.1 L'interessamento della Consulta: l'interpretazione costituzionalmente orientata dei reati di opinione e la ricerca di un criterio di legittimazione | 40 |
| 2.3.2 La riforma del 2006 sui reati di opinione (l. n.85/2006): le modifiche apportate al codice penale e le riserve di matrice dottrinale..... | 44 |
| 2.4 Il “reato di opinione” nelle sue molteplici espressioni: le somiglianze di famiglia tra le diverse fattispecie | 49 |
| 2.4.1 Istigazione, apologia e propaganda: brevi cenni sui “reati di provazione” | 52 |

| | |
|--|----|
| 2.5 Implicazioni teoriche e profili di sostenibilità nella sistematica del reato | 58 |
| 2.5.1 Il tema della materialità della condotta. | 59 |
| 2.5.2 Il difetto di determinatezza e di offensività dei reati di opinione | 62 |

CAPITOLO III - QUANDO L'ODIO DIVENTA REATO: DALLA CRIMINALIZZAZIONE DELL'*HATE SPEECH* AL REATO DI NEGAZIONISMO

| | |
|---|-----|
| 3.1 Il fenomeno dell' <i>hate speech</i> : inquadramento..... | 67 |
| 3.2 Il “ <i>genus</i> ”: Specificità e tentativi definitivi dei crimini d’odio (“ <i>hate crimes</i> ”) | 68 |
| 3.2.1 Rilievi critici in materia di <i>hate crimes</i> : i fenomeni dell’ <i>under-reporting</i> e dell’ <i>under-recording</i> e il rischio di <i>escalation</i> | 71 |
| 3.3 I discorsi d’odio nel diritto sovranazionale: definizione e specificità. Le difficoltà nella ricostruzione del concetto | 74 |
| 3.3.1 Un fenomeno in aumento: l’incidenza statistica dei discorsi d’odio | 79 |
| 3.4 L’art. 604- <i>bis</i> c.p.: il diritto penale come strumento di opposizione ai discorsi d’odio. L’ <i>iter</i> legislativo | 80 |
| 3.4.1 L’accesa discussione sulle ragioni di opportunità del ricorso al diritto penale: posizioni dottrinali a confronto | 82 |
| 3.4.2 I beni giuridici tutelati dalla norma: dall’ordine pubblico alla dignità umana | 88 |
| 3.5 Il reato di negazionismo: un “ <i>unicum</i> ” tra i reati di opinione | 91 |
| 3.5.1 Inquadramento del concetto, profilo storico e necessario distinguo con il revisionismo | 92 |
| 3.5.2 La Decisione Quadro 2008/913/GAI: il ritratto europeo della fattispecie di negazionismo | 94 |
| 3.5.3 Il negazionismo nella giurisprudenza di Strasburgo: l’anomalia del caso “ <i>Perincek c. Svizzera</i> ” | 99 |
| 3.6 Il “volto” italiano del reato di negazionismo: l’adattamento dell’ordinamento interno alle pressioni legali europee | 103 |
| 3.6.1 L’ <i>iter</i> normativo della fattispecie di negazionismo e la conseguente introduzione nel codice penale | 104 |
| 3.6.2 La natura giuridica della fattispecie: titolo autonomo di reato o circostanza aggravante? | 107 |
| 3.6.3 Possibili soluzioni alla luce dei criteri discretivi esposti | 110 |

| | |
|---|-----|
| 3.6.4 Dal carattere plurioffensivo della norma al requisito del concreto pericolo di diffusione: rilievi conclusivi | 113 |
|---|-----|

CAPITOLO IV - I MEZZI DI COMUNICAZIONE VIRTUALE COME VEICOLO DELLE OPINIONI: L'*HATE SPEECH ONLINE* E LA RESPONSABILITÀ DELL'*INTERNET SERVICE PROVIDER*

| | |
|--|-----|
| 4.1 Nuove tecnologie e libertà di espressione online: una rilettura contemporanea del diritto?..... | 118 |
| 4.2 Internet come nuova frontiera dell'odio. Gli <i>hate speeches online</i> e le molteplici forme di manifestazione del fenomeno | 121 |
| 4.3 L'inquadramento giuridico delle manifestazioni di odio in rete: la strategia europea di contrasto all' <i>hate speech online</i> | 125 |
| 4.4 Il ruolo degli <i>Internet Service Providers</i> nel mondo digitale: premesse | 128 |
| 4.5 Responsabilità dell' <i>Internet Service Provider</i> : tre alternative possibili..... | 131 |
| 4.5.1 Il contributo penalmente rilevante ex art.110 c.p. | 132 |
| 4.5.2 Il concorso omissivo improprio: la responsabilità dei <i>providers</i> per mancato impedimento dell'evento | 137 |
| 4.5.3 La responsabilità dell'ISP nella rimozione "post-reato": quale modello sanzionatorio? | 140 |
| 4.5.4 L'esperienza tedesca per "migliorare la tutela dei diritti sui <i>social network</i> " | 143 |
| 4.6 Prospettive per la futura regolamentazione del fenomeno: riflessioni conclusive | 145 |

CAPITOLO V - NUOVI REATI DI OPINIONE AL VAGLIO DEL DIBATTITO CONTEMPORANEO: DALLA PROPOSTA DI LEGGE ZAN AL NEGAZIONISMO CLIMATICO.

| | |
|---|-----|
| 5.1 Premesse..... | 147 |
| 5.2 Il disegno di legge Zan: inquadramento generale..... | 147 |
| 5.2.1 I dubbi e le criticità di matrice penalistica del D.D.L. Zan: la violazione del principio di determinatezza tra posizioni giuridiche contrastanti | 152 |
| 5.2.2 La tensione tra libertà di espressione e censura nel dibattito politico contemporaneo e proposte costruttive di modifica del disegno di legge..... | 155 |

| | |
|---|------------|
| 5.3 La proposta di penalizzazione del “negazionismo climatico” | 159 |
| 5.3.1 L’analogia con il negazionismo storico tra posizioni dottrinarie contrastanti | 160 |
| 5.4 Il rischio di un diritto penale simbolico: riflessioni conclusive..... | 163 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 165 |
| SITOGRAFIA | 170 |

CAPITOLO I - LA LIBERTA' DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO COME DIRITTO INVIOLABILE E IL NECESSARIO FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEI SUOI LIMITI.

*(“Freedom of speech is the great bulwark of liberty;
they prosper and die together”)*

(Benjamin Franklin)

1.1 La libertà di manifestazione del pensiero: profilo storico.

Considerato il nucleo vitale dell'ordine democratico e principio fondamentale di ogni Stato costituzionale di matrice liberale, la libertà di manifestazione del pensiero affonda le sue radici in epoca antica, riconducibile all'antica Grecia¹. La genesi del concetto va infatti ricercata nel lemma “*parresia*”, espressione greca indicante la facoltà (riconosciuta ai cittadini) di manifestare liberamente le proprie convinzioni durante le assemblee pubbliche che si svolgevano nell'*agorà*, il cuore economico, sacro e morale dell'antica *polis* greca. Per dire la verità occorre “dire tutto”: era proprio questa la declinazione del termine concertata dagli antichi greci nel lontano V secolo a.C.; a sostegno di quanto appena affermato, è sufficiente soffermarsi sull'etimologia della parola “*parresia*”, la quale rimanda a “*pan*” (tutto) e “*rhema*” (ciò che viene detto).

Preso quindi per vera la lettura, confermata dalla più autorevole dottrina, che vede la libertà di manifestazione del pensiero quale “*valore occidentale, scoperto e affermato dal pensiero greco*”², occorre al contempo sottolineare come questo diritto, per noi imprescindibile, abbia ottenuto solo in tempi relativamente recenti la sua consacrazione sul piano giuridico.

La prima teorizzazione della libertà di pensiero va attribuita alla paternità di Erasmo da Rotterdam³, e ad una celebre opera di John Milton, risalente alla prima fase della guerra civile

¹ BURY J.B., *Storia della libertà di pensiero*, Milano: Feltrinelli, 1979, pg 20-34.

² SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1995, pg.174.

³ ERASMUS OF ROTTERDAM, *The Education of a Christian Prince with the Panegyric for Archduke Philip of Austria*, 1997, pg.88.

inglese. In *“Aeropagitica: a speech for the liberty of unlicensed printing”* (1644)⁴, l’Autore tratteggiò il diritto innato dell’uomo a farsi governare dalla ragione e dal proprio intelletto, elevando il dibattito delle idee ad unico strumento plausibile per il raggiungimento della verità. Fu proprio il pensiero critico appena enucleato ad aprire la strada al primo, seppur circoscritto ai soli discorsi parlamentari, fondamento giuridico della libertà di espressione, contemplato nel *“Bill of Rights”* del 1689⁵. Per il riconoscimento positivo della medesima, quale prerogativa propria di ogni essere umano, bisognerà però attendere l’affermazione del costituzionalismo liberale di fine ‘700, espressione più che mai limpida di un rinnovato e mutato rapporto tra uomo e potere. *“Uno dei diritti più preziosi dell’uomo”*: sono queste le parole rinvenibili all’articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, le quali fanno il paio con il I Emendamento alla Costituzione americana del 1791⁶, all’interno del quale venne stabilito il divieto per il Congresso di *“approvare alcuna legge per limitare la libertà di parola o di stampa”*.

Le “carte borghesi” del XVIII e XIX sec., vere e proprie pietre miliari e fonti d’ispirazione del costituzionalismo europeo, hanno così rappresentato un passaggio capitale del pensiero moderno, conducendo all’esaltazione del carattere individualistico della libertà di parola, volta ad assicurare la sfera di autonomia e il pieno sviluppo della persona umana. Il prodotto delle due grandi rivoluzioni settecentesche, quella francese e quella americana, ha quindi fatto da apripista all’affermazione definitiva dei diritti e delle libertà fondamentali, la cui consacrazione è rinvenibile in ogni Costituzione propria degli Stati democratici contemporanei. Questo *iter* di positivizzazione dei diritti umani, con particolare riguardo alla libertà di manifestare liberamente le proprie convinzioni, trovò infine nella Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948 il suo approdo decisivo. L’articolo 19 della Carta approvata dall’Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), elevando il diritto in questione a vero e proprio pilastro di ogni sistema politico di stampo liberale, recita infatti quanto segue: *“ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”*.

⁴ MILTON J., *A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, 1644.

⁵ Art. 9 Bill of Rights: *«freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament»*.

⁶ I Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America: *“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”*.

Si può quindi rilevare come la storia di questo diritto, ancora oggi al centro del dibattito politico-culturale e qui brevemente ripercorsa, sia stata caratterizzata dalla progressiva affermazione di una libertà da intendersi in senso positivo e non più negativo, come nelle prime dichiarazioni costituzionali di ideologia liberale sopra richiamate; una libertà che consente all'individuo di crescere e di arricchirsi, quale membro della collettività ma prima ancora come singolo.

Restringendo per un istante il campo di osservazione all'ordinamento italiano, il riconoscimento della libertà di parola - anche se limitatamente alla più ristretta libertà di stampa - risale all'articolo 28 dello Statuto Albertino: "*la stampa sarà libera, ma una legge ne reprimerà gli abusi*"⁷. Come facilmente intuibile, si trattava di una tutela piuttosto limitata e circoscritta; la norma, infatti, non si preoccupava esplicitamente della libertà di espressione, demandando alla legge ordinaria il compito di reprimerne gli eventuali abusi⁸. Il quadro si inasprì poi drasticamente con l'avvento del ventennio fascista, periodo storico caratterizzato dall'autoritarismo dilagante e dalla conseguente repressione delle libertà fondamentali. In quegli anni, invero, la censura rappresentò uno strumento chiave per il mantenimento del controllo politico e culturale sulla popolazione, limitando drasticamente la libertà di espressione e di stampa. Basti a tal proposito rammentare le leggi fascistissime, le quali comprendevano la legge sulla stampa del 1925, istitutiva di un rigoroso controllo statale sui media. I giornalisti che criticavano il regime o che pubblicavano materiale considerato contrario agli interessi del fascismo rischiavano la censura, la repressione o l'arresto da parte dello stato di polizia. Inoltre, il regime fascista esercitava un controllo totale sui mezzi di comunicazione di massa, inclusa la radio, la quale veniva utilizzata per diffondere propaganda a sostegno del regime e per manipolare l'opinione pubblica.

Una parentesi buia, governata dalla pressante attività di censura e di controllo imposta dal regime, la cui eredità negativa ha però rappresentato un punto di svolta significativo nel percorso che ha condotto alla svolta Repubblicana e, di riflesso, all'attuale disciplina normativa in materia.

Il principio della libertà di manifestazione del pensiero è oggi enunciato all'interno dell'articolo 21 della Costituzione, il quale si fa portavoce di una visione del mondo del tutto antitetica rispetto a quella che aveva ispirato il fascismo. La possibilità di esprimere

⁷ BARILE P., "*Libertà di manifestazione del pensiero*", Giuffrè Editore, 1975.

⁸ FOIS S., "*Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*", Giuffrè Editore, 1957.

liberamente le proprie convinzioni è oggi assurta a presupposto logico-giuridico dei rapporti politico-sociali e di tutte le regole fondamentali poste a cardine del nostro ordinamento, facendo perno su un concetto tanto semplice quanto più che mai doveroso: senza libertà di parola non c'è pluralismo, senza libertà di parola non c'è democrazia.

1.2 Natura giuridica: tra individualismo e funzionalismo.

“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure”. L'attuale formula costituzionale, enunciata all'articolo 21 Cost., accorda piena tutela alla libertà di espressione, elemento basilare di un qualsiasi ordinamento liberal-democratico che aspiri a definirsi tale. La libertà di manifestazione del pensiero, così declinata, può infatti essere considerata come la più grande testimonianza dell'esistenza di uno Stato dotato di queste coordinate, poiché contemplante un obbligo di tolleranza per i cittadini nei confronti di tutte le opinioni – anche quelle più lontane e discordanti - , ma soprattutto in quanto garante del pluralismo ideologico, culturale e religioso. Sul punto, la Corte costituzionale ha ricordato come la libertà di espressione rientri a pieno titolo *“tra quelle libertà che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale”*⁹, evidenziando in particolare che, nel grande insieme dei diritti primari e fondamentali, quello sancito nell'art 21 della Costituzione sia forse "il più alto", vero e proprio pilastro del nostro ordinamento giuridico. Si può quindi affermare che la libertà in esame rappresenta il fondamento di tutti gli altri diritti umani universalmente riconosciuti, quella preconditione necessaria, capitale per la garanzia e la tutela dei medesimi.

Volendosi soffermare più da vicino sulla natura giuridica e sulla portata dell'attuale disposto costituzionale, va innanzitutto rilevato come lo stesso metta insieme il diritto di esprimersi liberamente (*“di manifestare liberamente il proprio pensiero”*) e il parallelo diritto ad utilizzare ogni mezzo al fine di condurre la propria opinione nella sfera di conoscenza altrui (*“con la parola, lo scritto, e ogni altro mezzo di diffusione”*), a dimostrazione della volontà da parte dei costituenti di riconoscere un diritto dal più ampio contenuto possibile. Questo accostamento ha dato vita nel tempo ad un'accesa disputa dottrinale, la quale ha avuto ad oggetto una questione ben precisa: la norma va quindi ritenuta comprensiva di due diritti

⁹ Corte Cost. n. 9/1965, in Giur. Cost. 1965, pg.79.

diversi, oppure di un'endiadi? Alla tesi portata avanti da chi nel tempo ha cercato di “gerarchizzare” i due aspetti sopra descritti, va sicuramente preferita quella lettura che accorda la stessa garanzia costituzionale alla “manifestazione” e “diffusione” del pensiero. Come ricordato in dottrina, infatti, è stata la stessa Corte costituzionale ad aver negato ogni tipo di distinguo in merito, ribadendo all'opposto il “nesso di indispensabile strumentalità” che lega la divulgazione (ascrivibile come ulteriore “aspetto sostanziale”) alla manifestazione¹⁰.

Altra questione centrale è quella relativa alla contrapposizione tra la concezione individualistica (tradizionale) e quella funzionale della libertà di pensiero, così come designata all'articolo 21 della nostra Costituzione. La prima sottolinea il versante “negativo” di tale libertà, quale emblema dei diritti dell'uomo contro l'autorità e, più in generale, come forma di garanzia atta a contrastare le ingerenze dello Stato nel campo della circolazione delle idee. Una lettura che pone quindi alla base del riconoscimento giuridico la tutela degli ultimi, delle minoranze, di tutte quelle intonazioni mal sopportate dai valori e dalle forze dominanti. Il riflesso positivo della libertà di pensiero, così concepita, va invece ricercato nell'aspetto individualistico del relativo diritto, il quale viene riconosciuto al singolo in quanto tale ed “indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche”¹¹. L'impostazione appena delineata risulta del tutto aderente al carattere “personalistico” della nostra Costituzione, la quale riflette la priorità sostanziale della persona umana - intesa nella sua componente valoriale - rispetto allo Stato e, in linea consequenziale, la destinazione del secondo al servizio della prima.

Alla lettura individualistica, come già anticipato, si è però nel tempo contrapposta un'altra impostazione, assertrice della centralità dell'elemento funzionale. Si fa riferimento all'indirizzo che antepone, quale risvolto positivo della libertà di espressione, la necessità dell'ordinamento al mero bisogno del singolo, dell'individuo¹². Il pensiero, in virtù della cd concezione funzionale, agisce quale tramite per il conseguimento di finalità pubbliche e collettive, con la conseguenza che tale libertà costituirebbe un valore da tutelare non in sé, ma solo in quanto strumentale al miglioramento di vita della comunità. Una tesi che, secondo la ricostruzione oggi dominante, rappresenta una vera e propria contraddizione in termini, in

¹⁰ BARILE P., *Libertà di manifestazione* cit., pg.7.

¹¹ ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, pg.9 ss.

¹² BARILE P., *Libertà di manifestazione* cit., pg.10.

quanto aprirebbe le porte al rischio, più che mai concreto, di subordinare la portata della garanzia costituzionale alle esigenze e alle pretese del potere politico. La concezione funzionale, al contrario, può essere accolta solo ed esclusivamente nella misura in cui si intenda l'aggettivo "funzionale" in termini metodologici, prescindendo da ogni preclusione contenutistica¹³.

In sintesi, va in ogni caso rilevato come quest'ultima impostazione sia stata fatta propria dalla dottrina italiana, sia pur in termini minoritari; sono infatti state molteplici le voci che hanno maggiormente evidenziato tale profilo, senza però mai giungere alla teorizzazione della sua primazia rispetto al versante individuale. A tal proposito, basti fare riferimento alla posizione della Corte costituzionale, la quale è arrivata ad affermare esplicitamente che "*la libertà di manifestazione del pensiero, pur rimanendo nel sistema costituzionale italiano essenzialmente individuale, tutela anche interessi funzionali allo svolgimento del processo democratico*"¹⁴. È opportuno però ribadire come il concetto individualistico della libertà di espressione (ex art.21 Cost.) venga giustamente ritenuto, dalla dottrina e dal pensiero dominante, un *prius*¹⁵ rispetto all'elemento funzionale, soprattutto in quegli ordinamenti – tra cui il nostro - dove ad essere più che mai essenziale è la tutela delle minoranze. Si deve convenire, d'altronde, che la libertà di manifestare liberamente le proprie convinzioni non può essere la conseguenza, bensì al limite la causa della democrazia ed è proprio il riconoscimento di tale libertà, con le ragioni ideali che ne fanno da sfondo, a garantire l'affermazione e lo sviluppo di un ordinamento democratico¹⁶.

1.3 Le declinazioni del principio nell'ordinamento costituzionale.

Il principio per cui ciascuno può manifestare liberamente le proprie convinzioni, così come enucleato nel nostro dettato costituzionale, pone alcuni nodi problematici di assoluta rilevanza, i quali meritano di essere trattati più da vicino. L'articolo 21 della nostra Costituzione può essere suddiviso idealmente in due parti distinte; la prima, di maggiore

¹³ BARILE P., *Libertà di manifestazione* cit., pg.11. L'autore in questione è tra i principali sostenitori della concezione individualista, nel senso della priorità della stessa sul versante funzionale.

¹⁴ OROFINO M., *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti*, Giappichelli Editore, pg. 116. In tal senso anche CHELI E., *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, Atti dei Convegni dei Lincei, Roma, Bardi Editore, 2007, pg.103 ss.

¹⁵ BARILE P., *Libertà di manifestazione* cit., pg.11.

¹⁶ Dello stesso avviso è ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero* cit., laddove afferma che "le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico"; pg.12 .

interesse ai nostri fini e comprendente il primo e l'ultimo comma, sancisce per l'appunto il diritto a manifestare il proprio pensiero con ogni mezzo (comma 1), salvo il limite generale del buon costume (comma 6). La parte centrale dell'articolo si concentra invece sulla stampa, quale particolare strumento di comunicazione e oggetto di particolari attenzioni da parte dei Costituenti. Volendosi però soffermare sul nucleo centrale, enunciato come detto nel comma di apertura, le questioni che si pongono sono sicuramente molteplici. Un dato è: poter manifestare liberamente il proprio pensiero significa essere liberi di rilevare al mondo esterno ciò che si pensa e di esternare le proprie riflessioni a chi ci sta intorno. Da una prima lettura anche sommaria della norma, non risulta però di immediata comprensione quali siano in concreto le libertà in essa tutelate.

Come accennato in precedenza, la nostra legislazione nazionale prende in considerazione entrambi i profili che connaturano la libertà di manifestazione del pensiero, quello sostanziale e quello strumentale, ma per comprendere a fondo la portata e il contenuto della norma occorre compiere uno sforzo interpretativo non di poco conto.

1.3.1 L'ambito soggettivo e oggettivo dell'art. 21 Cost.

Al fine di delineare più compiutamente il significato dell'articolo 21 Cost., occorre anzitutto soffermarsi sulla portata soggettiva e oggettiva del medesimo. L'esegesi del disposto costituzionale non può infatti prescindere dalla determinazione dell'insieme dei soggetti garantiti e, parallelamente, dalla determinazione del contenuto proprio del diritto o dei diritti in esso tutelati.

Il primo comma della norma si apre con un generico: *“Tutti hanno diritto di (...)”*. La proposta presentata dall'onorevole Giulio Andreotti durante i lavori preparatori dell'Assemblea e consistente nell'introduzione della dizione *“tutti i cittadini”*¹⁷, venne infatti accolta negativamente e, di conseguenza, ritirata in tempi brevi. Risulta quindi inconfutabile la tesi, confortata dal dato letterale, che riconduce la garanzia del diritto in capo a tutti gli uomini, senza alcun discrimine, in piena assonanza con quanto stabilito nella già menzionata Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. La mancata qualifica di inviolabilità accordata alla norma potrebbe però legittimare il legislatore all'introduzione di differenziazioni in capo agli stranieri, facendo leva sul disposto dell'articolo 10 Cost.: *“La condizione giuridica dello*

¹⁷ MESSINA D., *Andreotti: che cosa era lo spirito costituente*, 2008.

straniero è regolata dalla legge”. Un’interpretazione siffatta, benché “passabile” sul piano squisitamente formale, si porrebbe nondimeno in aperto contrasto con la qualificazione della libertà di espressione come diritto dell’uomo, così come enucleata nelle principali Carte dei diritti fondamentali. Un aspetto va però ricordato: il riconoscimento del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero non implica, di per sé, l’obbligo di rendere disponibile a tutti ogni mezzo di diffusione del pensiero stesso¹⁸. Come confermato anche dalla Corte costituzionale, quello che potremmo definire “diritto al mezzo” non è infatti garantito dalla Costituzione, il che determina la possibilità per il legislatore di riservare la proprietà o l’utilizzo di un determinato mezzo in capo ai soli cittadini.

Aderendo quindi alla lettura, confermata quasi unanimemente in sede dottrinale, che riconduce l’incipit della norma all’uomo, indipendentemente dalle condizioni personali in cui versa il medesimo, di più difficile risoluzione è stata la questione relativa all’estensione soggettiva della libertà in esame alle formazioni sociali e ai corpi collettivi¹⁹. Il riconoscimento definitivo anche in capo ai medesimi, è seguito ad una celebre pronuncia della Corte costituzionale, la quale con sentenza n.126/1985 ha statuito quanto segue: *“la forma collettiva di manifestazione del pensiero sia garantita dall’art. 21 Cost. come essenziale alla libertà di cui si tratta»*. *Questo perché il disegno costituzionale impone di «dar corpo e voce ai movimenti di opinione concernenti interessi superindividuali»*²⁰.

Una volta compresa l’ampia portata soggettiva dell’articolo 21 della nostra Costituzione, ci si può adesso concentrare sul prospetto oggettivo, interrogandosi cioè sul significato, sulla portata delle singole espressioni fatte proprie dalla norma. Il comma 1 dell’articolo 21 Cost. prosegue, specificando che è garantita a tutti la libertà di manifestazione del pensiero *“con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”*. Tale formulazione, così ampia da apparire indeterminata²¹, ha preteso una fitta opera di re-interpretazione; si può infatti asserire, senza alcuna riserva, che l’ambito oggettivo della libertà in esame possa essere definito solo ed esclusivamente alla luce delle variazioni interpretative e della giurisprudenza costituzionale intervenuta nel corso dei decenni.

¹⁸ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.121-122.

¹⁹ Quando si parla di formazioni sociali si fa riferimento a quelle organizzazioni umane fraposte fra lo Stato ed il singolo individuo, definibili quali corpi intermedi tra le Istituzioni e il cittadino.

²⁰ si veda Corte cost., sent. n.126/D85. Questa sentenza ha risolto il nodo interpretativo relativo all’applicabilità della fattispecie in capo a questi soggetti, ovviamente in termini estensivi.

²¹ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.128.

Qui più che mai, risulta necessario realizzare le parole per poter completare un discorso giuridico. Innanzitutto, che cosa si intende per “pensiero”? Il pensiero è in prima battuta definibile come un’elaborazione personale, un’idea, un’opinione. Ebbene l’utilizzo nella norma dell’espressione “proprio pensiero”, contemplante quindi la specifica dell’aggettivo possessivo, ha posto un problema relativo all’ambito di estensione oggettiva della libertà in esame. La Corte costituzionale, esprimendosi sul tema, ha chiarito come” *il possessivo proprio, riferito al pensiero, non intende esprimere un’appartenenza (...), ma sottolineare il valore dell’autonomia del singolo, dell’indipendenza di giudizio*”²². E’ stato così sancito il principio per cui la garanzia costituzionale debba essere estesa oltre che alle espressioni, alle idee, alle notizie e alle opinioni scaturenti dal proprio pensiero personale, anche alla mera ripetizione, citazione o diffusione di pensieri altrui.

Altra questione da affrontare è poi quella relativa ai cd limiti logici (o interni) alla libertà di manifestazione del pensiero. La stessa Corte costituzionale ha sostenuto, in un primo momento²³, come la garanzia costituzionale derivante dalla norma non potesse essere estesa a quelle forme espressive che trascendono il puro pensiero, ma che si concretizzano piuttosto in un incitamento all’azione, in un’opinione immotivata, in una fandonia, nell’eccitamento ad un puro stato emozionale.²⁴ Un’impostazione, questa, che determinerebbe l’esclusione di tutte le manifestazioni emozionali, ancorché non offensive, dal perimetro applicativo della norma, attribuendo per giunta al legislatore la facoltà di reprimere del tutto liberamente le azioni umane, pur in assenza di altri interessi costituzionalmente garantiti. A questa lettura ne hanno fatto seguito altre, questa volta di matrice dottrinale, ma pur sempre ispiratrici di una concezione più restrittiva, più circoscritta della norma sul piano oggettivo. Per alcuni, infatti, l’unico limite logico alla libertà di manifestazione del pensiero andrebbe ricercato nelle menzogne, le cd manifestazioni soggettivamente false²⁵. La posizione della Corte costituzionale sul punto è però mutata nel tempo, accordando la tutela costituzionale ex art. 21 Cost. anche alle manifestazioni appena ricordate, nei limiti della loro legittimità sul piano contenutistico. Ebbene, parrebbe proprio questo l’orientamento da preferirsi, che ricerca i

²² GRISOLIA G., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell’onore e della riservatezza*, pg.46 ss.

²³ In tal senso C. Cost. n. 100/1966, sull’art. 327 c.p.

²⁴ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.130. Dello stesso avviso FOIS S., in *Principi costituzionali* cit. L’autore, facendo leva su una giurisprudenza ormai datata, sostiene che il significato da attribuire al concetto di manifestazione del pensiero sia quello della sola espressione volta a suscitare un’attività di pensiero nei destinatari, con l’esclusione, all’opposto, di quella espressione che si sostanzia nel semplice incitamento all’azione o persino quella tendente a suscitare puri stati emozionali.

²⁵ STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione nell’ordinamento giuridico italiano*, 2011. Si fa in particolare riferimento alla tesi avanzata dal giurista Augusto Cerri [1984].

confini della norma all'interno dello stesso dettato costituzionale, senza fondare gli stessi sulla precomprensione di cosa sia o non sia manifestazione del pensiero²⁶.

Sempre nell'ottica di circoscrivere compiutamente il significato e la portata della norma in esame, va inoltre ricordato come il diritto di manifestare il proprio pensiero, unico riferimento esplicito in essa contenuto, presupponga anche il suo risvolto negativo. L'articolo 21 della nostra Costituzione contempla altresì - benché non espressamente - la cd "libertà negativa di manifestazione del pensiero", per cui nessuno può essere coartato, costretto ad esprimere le proprie opinioni, né può essere destinatario di sanzioni per non averlo fatto. Dottrina e giurisprudenza sono infatti concordi nel ricomprendere il cd "diritto al silenzio" all'interno del disposto costituzionale. Una garanzia, quella appena menzionata, che si riferisce però alla mera manifestazione del pensiero, non dei fatti; non potrà pertanto estendersi, a titolo squisitamente esemplificativo, al trattamento che l'ordinamento riserva ai testimoni e ad altre varie figure soggettive.

Venendo poi al versante strumentale, meritevole di attenzione è anche la formula finale utilizzata dai Costituenti nel primo comma: "(...) e ogni altro mezzo di diffusione". Quest'ultima affermazione permette infatti di estendere le garanzie costituzionali a qualsiasi strumento di manifestazione del pensiero, aspetto di assoluta rilevanza se si tengono in considerazione le recenti innovazioni tecnologiche²⁷. La nuova realtà di Internet, caratterizzata peraltro dall'avvento dei social network, deve quindi essere inserita a pieno titolo tra le legittime modalità di espressione del pensiero, proprio alla luce dell'elasticità del disposto costituzionale.

1.3.2. Dalla libertà di informazione al riconoscimento dei "profili ulteriori" del diritto: questioni interpretative.

Rimangono ancora da affrontare alcune questioni che, seppur attinenti sempre al profilo oggettivo e contenutistico della norma, meritano una trattazione particolare. È stato opportunamente osservato come l'Assemblea Costituente, nella fase di redazione del dettato costituzionale, abbia orientato la sua attenzione più sulle esperienze pregresse che sulle

²⁶ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.130.

²⁷ Attraverso l'uso di Internet e poi dei social network, la libertà di manifestazione del pensiero si è arricchita di una valenza del tutto sconosciuta in epoca anteriore.

prospettive future, obbligando di fatto gli interpreti ad un lavoro di tipo integrativo²⁸. Per comprendere quanto appena detto, si può partire da una semplice constatazione: l'enunciato costituzionale si limita a riconoscere la libertà di manifestare il pensiero, senza però offrire alcun esplicito riconoscimento alla libertà di informazione²⁹. Quest'ultimo, va infatti ricondotto ad un percorso interpretativo di matrice dottrinale e giurisprudenziale, il quale ha determinato un'ulteriore estensione della portata applicativa della norma stessa. A dire il vero, il silenzio dei Costituenti sul punto ha dato adito ad una vera e propria "battaglia teorica" sulla sovrapposibilità e inscindibilità dei due profili (manifestazione e informazione), la quale deve però ritenersi ampiamente superata. Invero, la dottrina è oggi unanime nell'ascrivere la libertà di informazione all'articolo 21 della nostra Costituzione, rigettando così quelle posizioni pregresse che tendevano ad operare un distinguo tra i due fenomeni³⁰.

La giurisprudenza costituzionale si è posta sulla stessa linea d'orizzonte, giungendo a riconoscere nel tempo un "diritto generale" all'informazione e una sostanziale «*equivalenza fra il diritto di manifestare, il diritto di informare e il diritto di cronaca*»³¹. Quest'ultimo, in particolare – concretizzandosi nella «libertà di dare e divulgare notizie, opinioni e commenti» – viene pacificamente ricondotto nell'ambito applicativo dell'articolo 21 della nostra Costituzione, in quanto «le opinioni si formano sui fatti e non potrebbe esservi circolazione delle idee se non vi fosse del pari circolazione delle notizie»³².

La Consulta ha inoltre precisato a più riprese che quando si parla di libertà di informazione non si fa riferimento ad un diritto unitario, bensì ad una formula che contempla al suo interno esigenze distinte. Detta in altri termini, al lemma "informazione" devono essere ricondotti tre valori distinti: il diritto di informare, il diritto di informarsi, e l'*inspectio*, inquadrabile come facoltà del singolo ad acquisire notizie anche non spontaneamente diffuse. Ebbene, l'articolo 21 Cost. - riportandoci sempre al dato testuale - si limita a garantire il mero profilo attivo della libertà di espressione, senza però apprestare alcun tipo di tutela al profilo passivo e riflessivo della medesima. A differenza della Costituzione tedesca e della normativa internazionale, non vi è infatti alcuna menzione né al diritto di ricevere il pensiero (e le

²⁸ PALADIN L., *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, pg.4 e ss.

²⁹ OROFINO M., *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, 2019.

³⁰ BERNARDINI C., *La libertà d'informazione e il diritto di cronaca*, 2006. Si fa qui riferimento al superamento della tesi che rinveniva nell'oggetto l'elemento discrezionale intercorrente tra manifestazione e informazione. Alla luce di questa impostazione, l'informazione veniva interpretata quale mera divulgazione di un pensiero già espresso.

³¹ In tal senso ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2023, pg.25.

³² Così CRISAFULLI V., *Problematica della "libertà di informazione"*, in *Il Politico*, 1964, pg.297 ss.

informazioni altrui), né tantomeno al diritto di ricercare il pensiero (e le informazioni) e, più in generale, di informarsi³³. Anche l'ammissione della rilevanza costituzionale di questi profili, ha quindi necessitato di un puntuale intervento interpretativo, giunto al suo stadio conclusivo con la sentenza n.348/1990 della Corte Costituzionale. Riassumendo, si può quindi affermare che quando si parla oggi di libertà di manifestazione del pensiero o, alternativamente, di informazione, non ci si riferisce ad una libertà da intendersi atomisticamente, bensì ad un diritto composito e costituzionalmente garantito in tutte le sue diverse espressioni.

1.4. Oltre i confini della Costituzione Repubblicana: il riconoscimento sovranazionale.

Il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, in quanto riferimento centrale per una moderna democrazia, è però tutelato anche al di fuori dei meri "paletti" costituzionali. Come ricordato nel riquadro introduttivo, il principio in questione si è infatti affermato a livello internazionale dalla metà del ventesimo secolo (sia in ambito universale che regionale), all'interno di quegli strumenti convenzionali finalizzati alla tutela dei diritti fondamentali e adottati dalle maggiori organizzazioni internazionali.

Per quanto attiene al suo riconoscimento universale, il principio è consacrato innanzitutto all'interno del già citato articolo 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, definita da Eleanor Roosevelt come la "*Magna Carta for all Mankind*"³⁴, presenta però un vizio di fondo, coincidente con lo status del documento stesso. Trattandosi di una mera dichiarazione, infatti, non rappresenta che un mero impegno per la realizzazione e per il perseguimento futuro dei diritti in essa contemplati, senza però avere natura giuridicamente vincolante³⁵. A tale dichiarazione ha quindi fatto seguito il "Patto sui diritti civili e politici" (datato 1966), un trattato multilaterale contemplante importanti garanzie per la protezione delle libertà civili e politiche e avente, questa volta sì, efficacia vincolante per i 168 Stati aderenti. Anche qui il cd "diritto all'opinione" trova pieno riconoscimento

³³ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit.

³⁴ Eleanor Roosevelt, in quanto Presidente e membro dotato di maggiore autorevolezza all'interno della Commissione delle Nazioni Unite per i diritti umani, fu determinante per la ratifica - avvenuta nel 1948 - della Dichiarazione.

³⁵ Nonostante sia priva di forza giuridica vincolante, è dotata di un valore storico e politico di primissimo rilievo. Può infatti essere considerata la prima vera testimonianza dell'intenzione, da parte comunità di internazionale, di riconoscere universalmente i diritti fondamentali spettanti a ciascun individuo.

all'articolo 19, il quale ricorda che *“tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta”*³⁶. Queste sono, a titolo meramente esemplificativo, le principali consacrazioni del principio a livello internazionale, alle quali ne hanno fatto seguito altre, questa volta su scala regionale, ma di eguale importanza.

Concentrandoci allora sul contesto europeo, più vicino dalla nostra prospettiva, bisogna in *primis* ricordare come il diritto alla libertà di espressione abbia trovato un primo solenne riconoscimento all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottata dal Consiglio d'Europa il 4 Novembre 1950 e di cui sono parti contraenti quarantasette Stati membri³⁷. La norma di riferimento, per quanto attiene al riconoscimento del principio in esame, è l'articolo 10 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo. Si tratta di una disposizione che, come sottolineato in dottrina, risulta molto più simile ad una norma costituzionale che ad una norma di diritto internazionale³⁸ e che, proprio per questa ragione, risulta quasi del tutto sovrapponibile al disposto redatto dall'Assemblea Costituente ed esaminato anteriormente.

Il primo comma recita quanto segue: *“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 che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera”*. E' sufficiente una lettura superficiale per comprendere l'estremo dettaglio fatto proprio dalla norma, anche e soprattutto con riferimento al suo ambito applicativo. Il primo dato che emerge è sicuramente quello relativo all'universalità del diritto³⁹, riconosciuto anche

³⁶ Art. 19 “Patto sui diritti civili e politici”: *“1. Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni. 2. Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta”*.

³⁷ Si fa in riferimento ai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. Va peraltro ricordato come l'adesione dell'Italia alla Convenzione sia avvenuta in un momento successivo alla ratifica, coincidente con la L. n.848/1955: *“Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*.

³⁸ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.40. La tesi sostenuta dall'autore si ricollega all'estrema puntualità e specificità della norma in esame in relazione all'ambito soggettivo ed oggettivo e ai limiti in essa esplicitati.

³⁹ Così GORI P., *Questione Giustizia: “Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech”*.

in questo caso ad “ogni persona” e senza alcun tipo di distinguo⁴⁰. Peraltro, la questione relativa all’applicabilità in termini estensivi della norma in capo alle persone giuridiche, già sollevata con riferimento all’articolo 21 della nostra Costituzione, è stata anche in questo caso risolta positivamente. A rivelarsi determinante in tal senso è stata una pronuncia della Corte di Strasburgo⁴¹, l’organo giurisdizionale orientato ad assicurare il rispetto e l’applicazione delle disposizioni convenzionali. Restando sempre sul piano soggettivo, la dottrina prevalente ha inoltre posto l’accento sull’esistenza di una “doppia dimensione” della libertà di espressione propria del sistema CEDU⁴². Questa lettura, che si pone peraltro in scia ad un consolidato orientamento giurisprudenziale sempre di matrice europea, ascrive all’articolo 10 CEDU la dimensione “oggettiva” (individuale) ma anche quella “funzionale” del diritto⁴³.

Anche per quanto attiene al profilo oggettivo, vale – anche se con qualche distinguo – quanto già affermato con riferimento all’articolo 21 della Costituzione. La norma convenzionale, infatti, riconosce e garantisce tanto la libertà di opinione quanto quella di informazione, proteggendo il costrutto delle idee e delle informazioni espresse, ma anche la forma in cui le stesse sono racchiuse⁴⁴. Se non vi sono dubbi in merito alla tutela apprestata dalla norma al profilo passivo della libertà di espressione, quale libertà di ospitare le opinioni e le informazioni provenienti da altri, è tutt’altro che pacifica la tutela del diritto in senso negativo (il cd “diritto al silenzio”) e del profilo passivo della libertà medesima. A differenza di quanto asserito dalla giurisprudenza nazionale, la Corte EDU ha infatti mostrato un atteggiamento di maggiore cautela sul punto; con riferimento alla prima questione, rifiutandosi di asserire espressamente l’esistenza di un diritto da intendersi in senso negativo e, con riferimento alla seconda, negando la possibilità di estendere meccanicamente le garanzie ex art.10 CEDU alla ricerca di informazioni, soprattutto nella misura in cui le stesse abbiano natura riservata o personale⁴⁵.

⁴⁰In tal senso OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.41. Sul punto va comunque fatta una dovuta precisazione, ricordata anch’essa dall’autore. Il riconoscimento del diritto in capo all’uomo, così come accordato dall’articolo 10 della Convenzione, non può in ogni caso proibire agli Stati membri l’imposizione di eventuali restrizioni all’attività politica degli stranieri. Questa previsione, contemplata all’interno dell’articolo 16 CEDU, determina quindi un temperamento del disposto ex art.10 CEDU sul piano soggettivo.

⁴¹ Cfr. Corte EDU, *Casado Coca v. Spain*, 12 febbraio 1993.

⁴² OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.42.

⁴³ La libertà di espressione viene tutelata in quanto diritto proprio del singolo ad esprimere liberamente le proprie convenzioni, ma anche – ed ecco la “dimensione funzionale” in quanto strumentale alla conservazione dell’apparato democratico.

⁴⁴ Così GORI P., *Questione Giustizia* cit.

⁴⁵ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.44-45.

La CEDU non è però l'unica fonte di livello europeo che incide segnatamente sui diritti fondamentali e, di riflesso, sulla libertà di espressione. Dal modello di protezione dei diritti costruito dalla CEDU, va infatti tenuto distinto quello proprio dell'UE, ragione che ha spinto la dottrina più autorevole ad utilizzare, per definire il quadro giuridico europeo, espressioni quali "pluralismo costituzionale" o "costituzionalismo multilivello"⁴⁶. Per quanto attiene al diritto primario dell'Unione Europea, il diritto alla libertà di espressione trova oggi riconoscimento all'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la cd Carta di Nizza. Si tratta di un documento che contempla al suo interno gli ideali e i valori su cui si fonda la comunità europea, tra cui quelli universali di dignità, uguaglianza e solidarietà e che ha rappresentato, dal punto di vista storico, un vero e proprio spartiacque in materia di diritti fondamentali. Basti a tal proposito ricordare che né il Trattato istitutivo della Comunità europea (CE) e né tantomeno il successivo Trattato sull'Unione Europea (TUE) garantivano esplicitamente il diritto alla libera espressione; consacrazione giuridica che avvenne solo in seguito alla riforma dell'articolo 6 del TUE⁴⁷, la quale attribuì lo status giuridico alla Carta, oggi giuridicamente vincolante per le istituzioni, gli organi, gli uffici, le agenzie dell'Unione e per gli Stati membri quando "attuano il diritto dell'Unione"⁴⁸.

Ebbene, la norma della Carta europea dei diritti fondamentali riservata alla tutela della libertà di espressione è l'articolo 11 della medesima, rubricato "Libertà di espressione e di informazione". Quello che però rileva ai nostri fini è il primo paragrafo del disposto, in quanto il secondo risulta dedicato alla più specifica libertà dei *media*⁴⁹. Per quanto attiene alla mera formulazione, l'articolo 11 della Carta (nel suo paragrafo introduttivo) ricalca per filo e per segno il già esaminato articolo 10 della CEDU, compreso pertanto l'espresso richiamo al diritto di "comunicare" e di "ricevere" idee e informazioni. Anche tale fonte, si spinge così a qualificare espressamente la libertà di espressione e la libertà di informazione quali espressioni di un "diritto multiforme". La perfetta sovrapposibilità delle formulazioni impone però, in un'ottica di coordinamento, il rimando a quanto espressamente previsto dall'articolo 52 della Carta di Nizza, il quale ricorda che quando la Carta "*contiene diritti corrispondenti a*

⁴⁶ Locuzione utilizzata da PERNICE I., "Multilivel Constitutionalism in the European Union, in *European Law Review*, 2002, pg.511 ss.

⁴⁷ Si fa qui riferimento al Trattato di Lisbona, il quale ha modificato il trattato sull'Unione europea (TUE) e il trattato istitutivo della Comunità europea (GU C 306 del 17.12.2007). Entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha conferito valore giuridico vincolante alla Carta, determinando l'uscita della stessa dal perimetro di "soft law" nel quale era rimasta dal 2000, anno della sua proclamazione.

⁴⁸ In tal senso, caso C-617/10 Akerberg Fransson [1/2013] risolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE).

⁴⁹ "(...)2. La libertà e il pluralismo dei media devono essere rispettati".

quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata sono identici a quelli contenuti nella Convenzione". Alla luce di questa enunciazione, sarà quindi la CEDU a dover fungere da parametro minimo per la protezione dei cd diritti corrispondenti⁵⁰.

Dalla disamina delle fonti sovranazionali, appena conclusa, emerge ancora una volta l'ampio riconoscimento accordato alla libertà di espressione; ciò che si coglie limpidamente, in altri termini, è la volontà – sia in sede nazionale che sovranazionale – di garantire al diritto in questione il più vasto ambito applicativo possibile, tanto sul versante soggettivo quanto su quello oggettivo. Completato lo sforzo esegetico atto a circoscrivere la natura giuridica e il contenuto della libertà in esame, residua però un ultimo ed ineludibile profilo da tratteggiare. Come ha ricordato la Consulta circa un decennio fa⁵¹, nel sistema complessivo della nostra Costituzione non esistono “diritti tiranni”, in quanto ciascuna pretesa deve essere opportunamente bilanciata con gli altri diritti e principi correnti. Occorre quindi interrogarsi conclusivamente su quale sia - con riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero - il perimetro da rispettare, quali siano cioè i limiti atti a fungere da “contraltare” al diritto stesso.

1.5 La libertà di manifestazione del pensiero tra il novero dei diritti “bilanciabili”.

La disamina dei diversi limiti oggi accordati alla libertà di manifestazione del pensiero, necessita però di una piccola parentesi introduttiva. Nel corso della storia, si sono avvicendate due distinte impostazioni teoriche, portatrici di un diverso modo di intendere la libertà stessa. La prima, detta assolutista, nonostante affondi le sue radici nelle teorie filosofiche del XVII secolo, venne compiutamente proposta per la prima volta dal filosofo (nonché ferreo sostenitore della libertà di espressione) Alexander Meiklejohn nel XX secolo. Si fa riferimento a quella concezione che muove dall'idea per cui il libero “mercato delle idee”⁵²

⁵⁰ Così l'art. 52(3) Carta dei diritti fondamentali: *“Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”*.

⁵¹ Si fa qui riferimento alla sentenza n. 85/2013 della Corte costituzionale. Con questa pronuncia, riguardante il noto caso dell'ILVA di Taranto, la Consulta ha quindi chiarito come il fondamento ultimo della Costituzione vada ricercato nel bilanciamento fra i diritti, accantonando le pretese assolutistiche.

⁵² La dottrina del “libero mercato delle idee” affonda le sue radici nell’*“Aeropagitica”* di John Milton, opera risalente al XVII secolo. Milton, celebre scrittore e teologo inglese, afferma la necessaria prevalenze del mercato delle idee su ogni regola restrittiva. Impostazione che verrà peraltro ripresa più avanti dal giurista Oliver Wendell Holmes e ri-contestualizzata in ambito giudiziario.

rappresenti l'unico tramite possibile per il raggiungimento della verità. La libertà di espressione, sempre in forza di questa lettura, viene quindi considerata un diritto assoluto che non legittima ad alcun tipo di restrizione, neppure a protezione dell'apparato democratico. Qualsiasi forma di inibizione di questa garanzia fondamentale, in altri termini, si tradurrebbe in un atto lesivo della democrazia, in grado di minare la stabilità e la solidità della medesima⁵³.

La seconda concezione è invece quella relativistica, che si pone in perfetta antitesi con il filone interpretativo appena enucleato. Quest'ultima, riconoscendo pur sempre l'importanza e la portata capitale del "diritto all'opinione", sottolinea al contrario la necessità di definire un perimetro all'interno del quale contenere la libertà di pensiero e la relativa garanzia costituzionale. Si può a tal proposito ricordare il celeberrimo passo del filosofo ed epistemologo austriaco Karl Popper, teorizzatore del cd "paradosso della tolleranza"⁵⁴; la tolleranza indefinita e priva di barriere, secondo Popper, conduce alla scomparsa della tolleranza stessa. L'autore, con questo aforisma, si limita ad esprimere un concetto democratico oggi comunemente accettato e consistente nell'idea che la libertà del singolo individuo finisce laddove inizia quella altrui.

Ebbene, la concezione relativistica muove proprio da questo insegnamento, ammettendo pertanto che anche un ordinamento democratico possa - o meglio debba - imporre restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero, senza con ciò tradire i suoi principi ispiratori. I "relativisti", antepoendo la valenza giuridica del diritto a quella filosofica, fanno propria una considerazione fondamentale: nessuna libertà è accordata all'uomo illimitatamente, ma deve essere invece intesa come "opportunità di agire consentita e protetta da precise garanzie e limitazioni sancite dalla legge"⁵⁵.

È sufficiente completare la lettura delle norme che oggi disciplinano la libertà di espressione - tanto a livello costituzionale che sovranazionale - per comprendere come sia proprio quest'ultima interpretazione a dover essere accolta. La libertà di manifestazione del pensiero

⁵³ PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in Quale giustizia, 1970, pg.188 e ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero cit.*, pg.53.

⁵⁴ Passo contenuto all'interno del saggio intitolato "*La società aperta e i suoi amici*", pubblicato da Popper al termine della seconda guerra mondiale. La teoria avanzata da Popper - come peraltro sottolineato in dottrina - è di un'attualità sconcertante, soprattutto alla luce dell'odierna società occidentale, sempre più propensa all'affermazione dell'individuo.

⁵⁵ In tal senso DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Giuffrè, 1988, pg.87. L'autore traccia una linea di demarcazione netta tra libertà e pensiero filosofico, ricordando come alla prima non possa ricondursi "l'assenza di vincoli o di limitazioni".

non può in alcun modo essere intesa quale diritto fondamentale e di portata assoluta, dovendo piuttosto essere ricondotta nell'alveo dei cd "diritti bilanciabili". Fatta questa premessa, si può finalmente passare alla trattazione dei singoli limiti riconosciuti nel nostro ordinamento giuridico.

1.5.1 Limite esplicito: il buon costume.

Secondo una tesi ampiamente diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza, vanno distinte due categorie di limiti, atti a delimitare il perimetro entro cui comprendere la libertà di manifestazione del pensiero ex art.21 Cost. Dai cd "limiti esterni", posti a tutela dei molteplici interessi con cui l'estrinsecazione della libertà di espressione può porsi in conflitto, vanno infatti distinti i cd "limiti interni", ricavabili invece in via logica e deontologica dal diritto stesso⁵⁶. Più correttamente, si può parlare di limiti "espliciti" alla libertà di manifestazione del pensiero, esplicitamente enunciati in Costituzione, e di limiti "impliciti", ricavabili invece in via del tutto interpretativa.

L'unico limite generale espressamente enunciato in Costituzione è quello del "buon costume", contemplato nell'ultimo comma dell'articolo 21 Cost.; quest'ultimo, stabilisce quanto segue: *"sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume"*. Va innanzitutto rilevato come i Costituenti, nella redazione del comma, abbiano fatto riferimento in via esemplificativa alla "stampa" e agli "spettacoli", per poi integrare il disposto con una formula più ampia ("tutte le manifestazioni"), volta a ricomprendere qualsiasi tipo di espressione. Volendo essere più precisi, si può inoltre sottolineare l'utilizzo dell'espressione "manifestazioni" in luogo del più fraintendibile "manifestazioni del pensiero", sintomo della volontà da parte dei redattori di evitare eventuali speculazioni relative alla portata del limite stesso⁵⁷.

Ad essere escluse dalla garanzia costituzionale prevista al primo comma, sono quindi quelle manifestazioni contrarie al "buon costume". Si tratta di un limite, quello precisato dalla

⁵⁶ In tal senso STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione* cit. pg.8. Viene qui rilevato come siano state molteplici le voci che hanno criticato aspramente questa impostazione. Sul piano squisitamente giuridico, infatti, anche i cd "limiti interni" si possono rivelare lesivi della sfera di altri soggetti, siano essi singoli o collettivi.

⁵⁷ Si volevano, per esempio, evitare dubbi in merito qualificazione come "pensiero" delle manifestazioni aventi carattere artistico. Questa tesi è stata avallata da molti autori, tra cui va ricordato l'ex presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti Massimo Luciani.

norma, avente caratteristiche di indeterminatezza e di elasticità⁵⁸, la cui definizione è legata a doppio filo alle variazioni del contesto sociale e al mutare della percezione comune di alcuni comportamenti. Come ricordato in dottrina, l'utilizzo di una clausola generale, come quella del buon costume, rappresenta al contempo un rischio e un'opportunità. Il rimando a concetti aperti e indeterminati può infatti legittimare il legislatore alla possibilità di restringere eccessivamente il campo delle libertà riconosciute, garantendo però all'opposto la possibilità di rinnovare il contenuto del limite, potendolo plasmare all'evoluzione dei costumi sessuali e della moralità pubblica⁵⁹.

Ebbene, l'utilizzo di un concetto così plastico e di difficile definizione, ha quindi impegnato dottrina e giurisprudenza ad un facoltoso sforzo interpretativo, volto per l'appunto a definire compiutamente il contenuto della clausola fatta propria dalla norma⁶⁰. Per quanto attiene al versante dottrinale, a partire dagli anni '70 del secolo scorso si è andata consolidando un'interpretazione dell'espressione "buon costume" piuttosto puntuale e il più possibile rispondente al modello costituzionale. Il filone maggioritario, muovendo dal significato assunto dall'espressione "buon costume" in materia penalistica, rinviene oggi i limiti del concetto "all'interno dei principi generali dell'ordinamento e dei valori costituzionali"⁶¹, corrispondenti di fatto a tutti quegli atti contrari alla sfera del pudore e della morale sessuale. Il cd "orientamento penalistico", appena enucleato, va sicuramente preferito all'altra lettura, fatta propria dalla frangia minoritaria⁶², che accosta al "buon costume" il "senso morale" e il "sentimento etico", concetti troppo ampi e del tutto inadeguati a riempire di significato la garanzia costituzionale. L'interpretazione maggioritaria è inoltre suffragata in modo puntuale dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, in cui l'espressione "buon costume" venne

⁵⁸ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.146.

⁵⁹ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.146-147.

⁶⁰ In tal senso BARILE P., op. cit., pg.85. L'autore ricorda peraltro che all'abbondanza della letteratura, non ha però fatto seguito un'altrettanta ricchezza di argomenti.

⁶¹ TERLIZZI G., *Rivista critica del diritto privato*, 2009, pg.17.

⁶² Al cd "orientamento penalistico", si sono infatti affiancate – seppur in via del tutto minoritaria – altre impostazioni dottrinali. Si fa in particolare riferimento all'orientamento "civilistico", che cerca di ricostruire il significato attribuito al "buon costume" a partire dalle norme civilistiche, e all'orientamento "costituzionalistico", volto a ricercare i confini della nozione all'interno dello stesso dettato costituzionale.

preferita alla più ampia e inclusiva “moralità pubblica”, nonostante le diverse proposte avanzate in quella sede⁶³ e il clima tutt’altro che disteso presente in aula.

Per quanto attiene invece all’interpretazione della giurisprudenza costituzionale, va detto come la stessa – nel corso del tempo – si sia rivelata piuttosto discontinua e desultoria sul punto, specie a causa del diverso grado di sensibilità dimostrata dalla Corte costituzionale innanzi ai mutamenti di ordine sociale⁶⁴. La sentenza n. 293 del 2000, ultima pronuncia della Consulta sul tema, ha però rappresentato un importante punto di svolta. Il giudice delle leggi, abbandonando definitivamente il richiamo alla sola morale sessuale, ha infatti ancorato il “buon costume” alla “dignità umana”, valore che anima l’articolo 2 del nostro dettato costituzionale. In questo modo, la Corte costituzionale ha preso atto delle molteplici morali che compongono la società civile, ponendo quindi l’accento proprio sulla concezione pluralistica che attinge il settore della morale sociale⁶⁵. Questa pronuncia, accolta positivamente anche in dottrina, inquadra la nozione di “buon costume” nella sua accezione più garantista, facendo assurgere il concetto di dignità a “supervalore costituzionale” e, in quanto tale, sempre invocabile per limitare qualsiasi diritto di libertà.

Il comma 6 dell’articolo 21, in chiusura, attribuisce inoltre alla legge «*il compito di identificare i provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni*”. Il Costituente, oltre ad individuare un limite generale alla libertà di manifestazione del pensiero, ha quindi voluto accordare ad esso effettività anche sul piano della prevenzione, pure affidata, per l’attuazione, al legislatore ordinario⁶⁶. Quella enucleata nell’ultimo periodo del comma in esame non è altro che una riserva di legge “assoluta”⁶⁷, volta proprio a rimettere nelle mani del Parlamento la definizione degli strumenti atti a tutelare il buon costume. La ratio di tale previsione è limpida: solo l’intervento parlamentare, nell’ottica dei Costituenti, avrebbe garantito la partecipazione di tutte le voci che animano il dibattito politico, assicurando - in

⁶³ In tal senso, BARILE P., *Libertà di manifestazione* cit., pg.86. L’introduzione del concetto di “moralità pubblica”, quale limite esplicito alla libertà di manifestazione del pensiero, venne infatti proposto, seppur con rinvio al legislatore nel progetto Basso e La Pira. Il primo ad adottare il termine “buon costume” fu invece Codacci Pisanelli, la cui proposta – nonostante il clima tutt’altro che disteso – venne approvata dalla maggioranza, con il conseguente ritiro di tutti gli emendamenti contrari.

⁶⁴ STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione* cit., pg.10.

⁶⁵ STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione* cit., pg.10

⁶⁶ BARILE P., *La libertà di manifestazione* cit., pg.85.

⁶⁷ La riserva di legge non è altro che uno strumento con funzione di garanzia e volto ad assicurare, per le materie ritenute particolarmente sensibili, che le decisioni vengano prese dal Parlamento, in veste di organo maggiormente rappresentativo del potere sovrano. Con riferimento al comma 6 dell’articolo 21 Cost., dottrina e giurisprudenza sono unanimi nell’individuare una riserva di legge “assoluta”, che non riserva alcuno spazio all’intervento di fonti regolamentari o secondarie.

questo modo - la tutela delle opinioni minoritarie. Oltre alla previsione di questa riserva di legge, dalla lettura della norma si possono ricavare due ulteriori spunti interessanti. In *primis*, la norma costituzionale affida al legislatore sia il compito di definire “provvedimenti atti a prevenire” sia “provvedimenti atti a reprimere” le violazioni. In *secundis*, va rilevato come la limitazione della libertà di espressione a tutela del buon costume, non sia subordinata a riserva di giurisdizione, scelta che consente al legislatore di demandare il compito di intervenire in materia alle autorità amministrative⁶⁸.

1.5.2 Limiti impliciti: la tutela di altri diritti o beni aventi rilievo costituzionale.

Come già anticipato, la mera lettura dell'articolo 21 della nostra Costituzione non ci permette di avere una visione globale ed universale del tema. Accanto al buon costume, unico limite espressamente enunciato all'interno del dettato costituzionale, vi sono infatti ulteriori limiti “impliciti” atti a definire il perimetro entro cui contenere il diritto alla libertà di espressione, i quali derivano dalla protezione di diritti, valori e principi fatti propri dalla stessa Carta costituzionale⁶⁹. La Consulta - già a partire dalla sentenza n.9 del 1965 – ha affermato il seguente principio: *“limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvengano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica”*. In altre parole, essendo tale libertà sancita e tutelata dalla Costituzione, spetta al solo legislatore ordinario la possibilità di apporre limiti alla medesima i quali, in quanto restrittivi di un diritto individuale, devono trovare giustificazione nella necessità di apprestare tutela ad altri beni costituzionalmente rilevanti⁷⁰. Da ciò deriva che sulle scelte di volta in volta operate in sede legislativa, la Corte costituzionale abbia poi operato uno scrutinio di legittimità, finalizzato alla definizione del bene costituzionalmente protetto e, di riflesso, alla ponderazione dei diversi interessi in conflitto.

⁶⁸ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.148.

⁶⁹ In tal senso, Corte cost. sent. n.20/1974: “Questa Corte ha più volte ribadito che la tutela del buon costume non costituisce il solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti - impliciti - dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione”.

⁷⁰ Da qui l'espressione “E il necessario fondamento costituzionale dei suoi limiti”, a più riprese richiamato in dottrina.

In linea generale, le situazioni giuridiche idonee – oltre al buon costume – a limitare la libertà di manifestazione del pensiero sono ascrivibili a due categorie distinte: ai limiti impliciti attinenti ai diritti della personalità, vanno infatti aggiunti quelli aventi natura pubblicistica. Tra i primi, vanno sicuramente menzionati il diritto alla riservatezza, alla reputazione, all'onorabilità e alla dignità sociale. Dottrina e giurisprudenza rinvergono il fondamento di tali limiti nel primo comma dell'articolo 3 Cost., il quale sancisce la pari dignità sociale dei cittadini di fronte alla legge e, in parallelo, nel primo comma dell'articolo 21 Cost. Quest'ultimo, contemplante – come già chiarito – il cd “diritto al silenzio”, tutelerebbe altresì la pretesa a che non siano resi fruibili al pubblico dominio fatti o valutazioni disonorevoli⁷¹. La Corte costituzionale, ha inoltre ravvisato nella generale disposizione dell'articolo 2 della nostra Costituzione un altro importante fondamento⁷², comune a tutti i diritti della personalità più sopra ricordati. A questi, come ricordato dalla stessa Consulta con la sentenza n.13 del 1994, va inoltre aggiunto il diritto all'identità personale, limite implicito legato al diritto dell'individuo “*ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata*”⁷³.

Il quadro non può però dirsi ancora completo. La libertà di manifestazione del pensiero, oltre a quanto già detto, deve altresì fare i conti con alcuni interessi di natura spiccatamente pubblicistica, tra i quali vanno sicuramente ricordati l'ordine pubblico e la regolare amministrazione della giustizia. Si fa riferimento ad una seconda categoria di limiti impliciti, anch'essi costituzionalmente protetti e destinati – a differenza dei pregressi – alla tutela di finalità collettive⁷⁴. Per quanto attiene all'ordine pubblico, benché sia stato in passato applicato dalla Corte costituzionale per avallare alcune limitazioni normative alla libertà di pensiero, deve essere fatta una dovuta precisazione⁷⁵. Non si può in alcun modo accogliere l'impostazione che riconduce all'ordine pubblico un generico interesse alla protezione dell'organizzazione dello Stato; una lettura di questo tipo, dalla dubbia ammissibilità sul piano costituzionale, risulterebbe infatti eccessivamente ampia e indeterminata. Al contrario, è

⁷¹ STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione* cit., pg.11.

⁷² Art. 2. Cost.: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

⁷³ Con la sentenza n.13 del 24 Gennaio 1994, la Consulta ha affermato che il diritto all'identità personale rappresenta un elemento imprescindibile alla formazione del patrimonio inviolabile della persona umana, accordando anche allo stesso la tutela prevista dall'articolo 2 del nostro dettato costituzionale.

⁷⁴ In tal senso FOIS S., *Principi costituzionali* cit., pg.145. Si tratta di quei limiti che devono essere giustificati dall'interesse dello Stato, l'interesse generale per eccellenza.

⁷⁵ Ricordare la sentenza in questione. Ricordare magari anche le critiche con riferimento al limite dell'ordine pubblico.

da preferirsi quella nozione di ordine pubblico che “sottolinea l’esigenza di assicurare la pace sociale e la sicurezza della comunità statale contro ciò che ragionevolmente può metterle in pericolo”⁷⁶. In ogni caso, parte della dottrina nutre da sempre uno scetticismo di fondo, lamentando l’intento di apporre all’art. 21 della nostra Costituzione un limite non previsto e ulteriore rispetto a quello del buon costume. Per quanto attiene invece al regolare funzionamento della giustizia, ci si riferisce all’esigenza di tutelare i procedimenti giudiziari pendenti e di garantire, in parallelo, una puntuale e corretta informazione sulle vicende giudiziarie.

Anche in questo caso, il catalogo è però molto più ampio di quel che possa sembrare in prima battuta. Va infatti rilevato come la Consulta abbia riconosciuto negli anni, sempre in via del tutto interpretativa, altri limiti di natura pubblicistica, quali – a scopo meramente esemplificativo - il prestigio del governo e della Pubblica Amministrazione. Sempre in questa sede, va infine fatta menzione ad un’altra importante limitazione, contemplata questa volta all’interno della XII disposizione finale e transitoria della Costituzione e coincidente con il divieto di ricostituzione del partito fascista. Tale divieto, come peraltro ricordato dalla giurisprudenza amministrativa in tempi piuttosto recenti⁷⁷, va parimenti esteso alla manifestazione della propria opinione nell’ambito dell’attività propagandistica. Si tratta, pertanto, di un ulteriore limite alla libertà di espressione ex art. 21 Cost., volto ad assicurare il rifiuto dell’ideologia fascista e a garantire l’adesione a quelli che sono i valori fondanti l’assetto democratico della Repubblica italiana.

1.5.3 Il legame “diritto-dovere” e il divieto di “abuso del diritto” nel sistema CEDU.

Il principio per cui il diritto alla libera manifestazione del pensiero, se non opportunamente circoscritto, possa sfociare in comportamenti e pratiche fortemente lesivi di altre libertà fondamentali, è stato fatto proprio anche in seno alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo (CEDU). L’articolo 10 della Convenzione, a tal proposito, prevede anche un

⁷⁶ FOISS., *Principi costituzionali* cit. pg.149.

⁷⁷ T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18.04.2019, n. 447. *“Allorquando si richieda di esercitare attività di propaganda politica ed elettorale in spazi pubblici, sottraendoli, sia pure temporaneamente, all’uso pubblico per destinarli all’utilizzo privato, non appare irragionevole che l’amministrazione richieda, al fine di valutare la meritevolezza dell’interesse dedotto, una dichiarazione di impegno al rispetto dei valori costituzionali e, in particolare, dei limiti costituzionali alla libera manifestazione del pensiero”*.

secondo comma, il quale recita quanto segue: “L’esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario”.

Alla luce di questa formulazione, si evince come la disciplina europea, a differenza di quella nazionale, identifichi in modo molto più esplicito i limiti riconducibili all’esercizio della libertà di espressione. Si tratta, infatti, di una disposizione più ricca, più manifesta rispetto a quella costituzionale esaminata anteriormente. Molteplici voci di spicco presenti in dottrina, hanno inoltre sottolineato come la puntualizzazione secondo cui l’esercizio delle libertà comporta doveri e responsabilità, oltre a consacrare il principio per cui non esistono diritti senza limiti (principio fondamentale che fa da sfondo al costituzionalismo moderno), risulta particolarmente interessante in quanto “lega insieme diritto e dovere, chiarendo che l’esercizio del diritto protetto è quello che avviene in modo responsabile”⁷⁸.

La norma, andando più in profondità, contempla al suo interno tre diverse prescrizioni. In prima battuta, introducendo una particolare riserva di legge, specifica come le limitazioni alla libertà di espressione debbano essere previste dalla legge medesima⁷⁹. In secondo luogo, evidenzia la necessità che tali restrizioni, previste dagli Stati membri aderenti alla CEDU, si fondino su taluna delle finalità esplicitamente individuate nel comma stesso. L’utilizzo di un elenco sicuramente molto nutrito, ma al tempo stesso piuttosto ampio ed elastico⁸⁰, ha inevitabilmente richiesto un supporto integrativo di matrice giurisprudenziale, ascrivibile alla Corte EDU. Quest’ultima, è stata infatti chiamata alla puntuale definizione delle singole finalità fatte proprie dal secondo comma dell’articolo 10, operazione che è stata condotta in senso restrittivo, facendo leva sul principio di tassatività e, in particolare, riconducendo le finalità medesime ad esigenze concrete⁸¹. Per concludere, terza ed ultima prescrizione, è necessario che le limitazioni costituiscano “misure necessarie, in una società democratica”; la

⁷⁸ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.45.

⁷⁹ A riguardo, vedere il leading case “*Sunday Times v United Kingdom*”, 26 Apr. 1979, risolto dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

⁸⁰ OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.48.

⁸¹ In tal senso, CARETTI P., *Art.10 Libertà di espressione*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pg.340-342.

Corte EDU, in altri termini, ha ricavato due criteri ulteriori dall'inciso fatto proprio dalla norma, specificando che il mero collegamento ai motivi indicati nell'articolo 10 non è bastevole a legittimare una restrizione alla libertà di espressione. La legittimazione segue, pertanto, al rispetto di due criteri distinti: il principio di necessità e compatibilità con il sistema democratico e il principio di proporzionalità⁸². Si può quindi parlare di tre distinti livelli di revisione effettuati dalla Corte EDU⁸³ sull'operato degli Stati membri, volti proprio a verificare eventuali violazioni del disposto convenzionale.

Per individuare il principale limite esterno accordato alla libertà di espressione, sempre in sede convenzionale, bisogna però fare riferimento all'articolo 17 della CEDU, il quale sottolinea come: *"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"*. La norma contempla il cosiddetto "divieto di abuso del diritto", concetto che affonda le sue origini nell'elaborazione della giurisprudenza francese di fine '800⁸⁴ e che oggi rappresenta un principio immanente del costituzionalismo moderno. Tale principio vieta agli Stati, agli individui e ai gruppi di invocare la Convenzione al fine di avallare atti o attività dirette a comprimere i diritti e le libertà in essa contemplati. Alla luce di questo criterio fondamentale, non ci si può quindi servire di una singola libertà - quale quella espressamente enunciata ex art. 10 CEDU - con il fine ultimo di ledere, o mettere in pericolo, gli altri diritti fondamentali che animano il trattato.

Anche nel sistema CEDU - per concludere - si sono quindi prese le distanze dalla visione "assolutistica" della libertà di espressione, le cui limitazioni, oltre a quanto espressamente previsto nel comma 2 dell'articolo 10, vanno individuate nella potenziale lesione degli altri diritti umani aventi pari rango. La determinazione dell'esatta portata di tale libertà, al pari di tutte le altre, non può pertanto prescindere da un'accorta operazione di bilanciamento, volta a

⁸² OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.50. In particolare, il primo criterio si sostanzia in "un imperioso bisogno sociale che ove provato rende necessarie in una società democratiche le limitazioni imposte alla libertà di espressione a tutela di un diritto o di un interesse di pari grado". In tal senso, sempre OROFINO M., *La libertà di espressione* cit., pg.26 ss., fa riferimento al necessario riscontro di un "*pressing social need*". Il criterio della proporzionalità, invece, richiede che ogni limitazione sia proporzionata all'obiettivo che con la stessa si vuole perseguire.

⁸³ In tal senso GORI P., *Libertà di manifestazione del pensiero* cit. Si fa qui riferimento al cd "triplice test" a cui è chiamata la Corte Europea.

⁸⁴ La giurisprudenza francese fu infatti la prima ad evocare l'espressione "*abus de droit*".

salvaguardare il necessario legame di interazione⁸⁵ che unisce le diverse fattispecie fatte proprie dal testo Convenzionale.

⁸⁵ GORI P., *Libertà di manifestazione del pensiero* cit. La logica dell'interazione, quale limite alla libertà di espressione, si evince nei casi gemelli decisi dalla Grande Camera nei processi *Von Hannover* e *Axel Springer*. In tal senso, si veda anche "*Palomo Sanchez and Others vs Spain*".

CAPITOLO II - IL REATO DI OPINIONE: NEL COMPLESSO RAPPORTO DIALETTICO TRA LIBERTÀ E CENSURA NEL DIRITTO PENALE LIBERALE.

(“È vero che non condanniamo più a morte gli eretici, e che l’insieme delle sanzioni penali, che la sensibilità moderna probabilmente sarebbe in grado di tollerare anche contro le opinioni più pericolose, non è sufficiente a estirpare queste ultime. Ma non rallegriamoci di essere ormai liberi anche dalla macchia della persecuzione legale. Esistono ancora sanzioni legali contro le opinioni, o perlomeno contro la espressione di opinioni, e la loro applicazione, anche nel nostro tempo, non è così priva di esempi da rendere del tutto impensabile che un giorno tali sanzioni potranno essere ripristinate in tutta la loro forza”)

(John Stuart Mill)

2.1 I reati di opinione: inquadramento generale.

Per poter comprendere a fondo il rapporto dialettico intercorrente tra l’articolo 21 della nostra Costituzione e lo strumento penale e, ancora più in profondità, in che misura quest’ultimo possa davvero mettere in discussione la libertà di espressione, occorre incentrare l’attenzione sulla categoria giuridica dei reati di opinione. Va preliminarmente ricordato come il tema, ancora oggi al centro del dibattito politico e giuridico, sia connotato da un *“alto tasso di problematicità teorica”*⁸⁶, in quanto poggiante su una profonda antinomia che connota il nostro ordinamento e a cui si è già, a più riprese, fatto cenno. Alla più ampia proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero, quale diritto inviolabile, fa infatti da contraltare l’ammessa – seppur nei limiti di cui si dirà più avanti – criminalizzazione delle opinioni. Per dirla alla Carlo Fiore: *“da un lato esso si fonda sul riconoscimento dell’autonomia politica individuale; dall’altro tollera, nel vigente sistema penale, la sopravvivenza di puri reati di*

⁸⁶ ALESANI L., I reati di opinione, una rilettura in chiave costituzionale, Giuffrè, 2006. Viene qui ribadita la grande complessità del tema, “non apparendo certo di solare evidenza la compatibilità con le solenni dichiarazioni costituzionali sul diritto di esprimere ogni opinione di norme penali che reprimono condotte (...) in prima approssimazione riconducibili alla sfera intellettuale dell’individuo”. DI GIOVINE A., *I confini della libertà* cit., pg.6. In tal senso, NEBULOSI I., *Il confine tra reati di opinione e libertà di espressione*, in *Salvis Juribus*, 2020, in cui viene ricordata la difficoltà di fondo nel trovare il giusto punto di incontro tra la libertà di espressione e gli altri valori costituzionalmente protetti che con la stessa entrano in conflitto.

opinione”⁸⁷. E’ proprio da queste parole che si può cogliere la grande complessità di un tema che, nonostante rappresenti una vera e propria aporia all’interno di un organismo democratico come il nostro, non può che essere considerato il lascito di una “lunga assuefazione” alla pratica di un diritto penale autoritario⁸⁸.

Fatta questa premessa, ci si deve anzitutto interrogare su quale sia la definizione di “reato di opinione”, quali siano cioè gli elementi da ricomprendere al di sotto di un’etichetta così intricata e, per certi versi, enigmatica. I “reati di opinione” possono essere definiti come quell’insieme di fattispecie che “*incriminano la manifestazione, l’espressione, di un certo contenuto di pensiero*”⁸⁹. Da questa definizione, fatta propria dal versante dottrinale, si evince limpidamente come la categoria giuridica in esame non possa ricondursi, come peraltro suggerirebbe la stretta interpretazione letterale, all’insieme di reati che constano in meri atti di pensiero, di opinione. Una lettura siffatta, a ben vedere, condurrebbe anzitutto alla scongiurata possibilità di spalancare le porte del diritto penale a chiunque si faccia portavoce di una propria idea e di un proprio argomento, ponendosi altresì in pieno contrasto con il principio di materialità del reato⁹⁰, pilastro del nostro sistema penale. Si può quindi confermare come l’utilizzo della locuzione “*reato di opinione*” risulti più che mai fraintendibile, in quanto - anche per queste fattispecie criminose - si impone il rispetto del principio “*cogitationis poenam nemo patitur*”⁹¹. La soluzione più appagante, sempre al fine di circoscrivere il perimetro applicativo della categoria giuridica in esame, è pertanto quella atta a ricomprendere tutte quelle fattispecie affratellate dal medesimo elemento oggettivo, consistente nell’espressione di un’opinione, di un giudizio, di un punto di vista e che, in parallelo, fanno del conflitto con il principio della libertà di espressione la loro cifra precipua⁹².

Al fine di comprendere a pieno la tematica dei reati di opinione in tutte le sue diverse sfaccettature e implicazioni teoriche, occorre però andare ben oltre al mero sforzo qualitativo

⁸⁷ FIORE C., *I reati di opinione*, CEDAM, 1972, pg.11.

⁸⁸ FIORE C., *I reati di opinione* cit., pg.11. L’autore cerca qui di sottolineare come le disposizioni *de quibus* rappresentino l’eredità di un periodo storico improntato alla strumentalizzazione e repressione della libertà di manifestazione del pensiero.

⁸⁹ In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2007.

⁹⁰ Sul punto SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.690. Viene qui ricordata la centralità del principio di materialità all’interno del nostro sistema penale, il quale non vieta “puri atti di pensiero”. Non è infatti ammissibile la possibilità di ricorrere allo strumento penale per il solo fatto di aver pensato qualcosa, se poi quello stesso pensiero non si è esplicitato attraverso una qualche forma di espressione.

⁹¹ MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, pg.240.

⁹² In tal senso, SPENA A., *Libertà di espressione* cit..

e definitorio. Non si può infatti prescindere da un'attenta riflessione sulle ragioni di carattere storico e politico che ne fanno da sfondo, per poi avvicinarsi ad una più compiuta analisi dei tratti distintivi della categoria giuridica in esame, delle molteplici fattispecie ad oggi presenti nel nostro ordinamento giuridico e, in ultimo, dei profili di sostenibilità delle stesse nell'ambito della sistematica del reato. Solo una volta percorso questo "tracciato teorico ideale", si potranno davvero appurare le ragioni di opportunità e la compatibilità sul piano costituzionale di una categoria di reati che ad oggi, soprattutto alla luce dei nuovi interventi normativi⁹³, rappresenta una realtà più che mai discussa nel vasto panorama del diritto penale italiano.

2.2 Profilo storico: premesse metodologiche.

La tematica dei reati di opinione, come appena ricordato, è connotata da una grande complessità di fondo, la cui esegesi non può prescindere dal tentativo di ripercorrere il "sentiero" storico-politico di tale strumento repressivo. In linea generale, va asserito come il fondamento del "reato di opinione", seppur nella sua accezione primigenia, è da rinvenirsi nell'istinto di autoconservazione a cui molti ordini costituiti, seppur con modalità ben distinte, hanno prima o poi ceduto. Più in profondità, va precisato come il capostipite dei reati di opinione si possa addirittura rinvenire nell'istituto del "*crimen lesae maiestatis*"⁹⁴, paradigma ulpiano riconducibile al lontano diritto romano repubblicano. Facendo leva su questa espressione, venivano al tempo criminalizzate tutte quelle condotte di disobbedienza, dissenso o dileggio verso il sovrano e che, proprio in ragione di quanto appena affermato, si concretavano in un'opinione "eversiva", in grado di esautorare l'ordine costituito⁹⁵. Si può quindi affermare, senza particolari riserve, come la categoria dei reati di opinione si sia affermata anzitutto nel più ampio alveo dei reati politici, in una prospettiva rigidamente "verticale". Volendo restringere il campo di osservazione alla storia italiana, un primo esempio di criminalizzazione dell'opinione (sempre costruito a tutela del decoro e del prestigio dei vertici dell'allora apparato politico) si potrebbe rintracciare nell'articolo 19

⁹³ Si fa in particolare riferimento alla legge n.115 del 2016, la quale ha introdotto nel nostro ordinamento la fattispecie di negazionismo, di cui si dirà più avanti.

⁹⁴ In tal senso ALESANI L., *I reati di opinione* cit. Si fa in particolare riferimento a quel delitto consistente nell'abuso dei poteri conferiti a magistrati del popolo romano e nella conseguente lesione alla dignità del medesimo. Sul tema anche PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol.III, Napoli, 1885, pg.12 ss. L'autore in questione, concentrandosi specificamente sulla storia e sull'evoluzione di questo istituto, attribuisce al reato di lesa maestà l'espressione di "*terribile costruzione*".

⁹⁵ In questi termini SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis*, Milano, 1974.

dell'Editto Albertino sulla stampa, primo vero antenato di ciò che oggi conosciamo come “vilipendio”.

Come sottolineato dalla più attenta dottrina, si possono però individuare tre tradizionali direttrici entro cui si sono articolati, nel corso della storia, i limiti penalistici alla libertà di espressione⁹⁶. Si fa riferimento alla tutela dell'onore e della riservatezza dell'individuo, alla tutela del buon costume (a cui deve aggiungersi la tutela della religione) e, come appena detto, alla tutela dello Stato. Per poter comprendere le odierne disposizioni normative contemplanti i cd “reati di opinione”, bisogna pertanto affidarsi – nel solco delle tre direttrici appena enucleate - ad una più ampia opera di ricostruzione dei precedenti legislativi in materia, indagando parimenti sulle posizioni fatte proprie da dottrina e giurisprudenza nel corso dei decenni⁹⁷.

2.3 La penalizzazione delle opinioni: dall'età liberale alla legislazione repubblicana.

Come più sopra ricordato, la tematica dei reati di opinione affonda le sue radici - sul piano squisitamente storico - ai tempi delle civiltà classiche antiche. Ciò detto, l'esigenza costituzionale della libertà di espressione è diventata centrale solo in “*tempi moderni*”⁹⁸, ragion per cui è preferibile restringere il campo di osservazione allo studio degli ordinamenti giuridici del diciannovesimo secolo. La moderna problematica dei delitti di opinione, come evidenziato dalla letteratura classica, emerse infatti soltanto con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali⁹⁹ e, in particolar modo, con la conformazione assunta dai delitti contro lo Stato nei codici ottocenteschi. Il modello a cui si ispirarono le nuove legislazioni “liberali” fu il codice civile francese del 1810, il quale si pose in linea di sostanziale continuità con la disciplina fatta propria dall'*ancien regime*. I crimini di lesa maestà, più sopra menzionati e considerabili come primo vero archetipo storico dei delitti di opinione, vennero infatti sostituiti con i reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, restando però di fatto

⁹⁶ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg. 5. Sul punto anche DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero* cit., pg.7.

⁹⁷ ALESANI L., *I reati di opinione* cit. pg.7. Viene qui ricordata dall'autrice l'esigenza di procedere ad un'indagine di natura squisitamente storica, atta a ripercorrere i precedenti legislativi che fanno da sfondo alle disposizioni oggi presenti nel nostro ordinamento giuridico. Per portare avanti un lavoro di questo tipo, occorre indagare parimenti sull'atteggiamento mostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul punto, anche alla luce dei corrispondenti contesti storico-politici.

⁹⁸ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.8.

⁹⁹ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.8.

immutata la struttura dell'incriminazione. I governi liberali d'Europa, ponendosi sulla scia del “*Code pénal*” napoleonico e sempre in nome di una pressante esigenza di “sicurezza dello Stato”, altro non fecero se non “perpetuare gli antichi e deprecati arbitri”¹⁰⁰.

Benché fecondati da un profondo “spirito di libertà”¹⁰¹, individuaronο infatti nell'incriminazione del dissenso lo strumento ideale di cui servirsi per salvaguardare il prestigio e l'autorità delle istituzioni tradizionali.

Anche i codici preunitari “assorbono” le tendenze autoritarie dell'epoca liberale¹⁰², affiancando al riconoscimento formale delle libertà questa soverchiante esigenza di mantenimento dello Stato e, più specificamente, del potere costituito.

A conferma di quanto appena detto, basti rammentare alcune delle ipotesi criminose contemplate all'interno dell'Editto Albertino sulla stampa datato 1848¹⁰³.

Oltre alla fattispecie di attentato o cospirazione “contro la sacra persona del Re o Reale di famiglia” e ad altre molteplici forme di penalizzazione del dissenso politico¹⁰⁴, venne qui introdotto per la prima volta il lemma “apologia”; l'articolo 24, infatti, recitava quanto segue: “*qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, il rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociale, e contro l'ordinamento della famiglia sarà punito*”.

Una tendenza repressiva, quest'ultima, che venne poi ripresa e sviluppata anche nel codice penale “sardo-italiano” del 1859.

Punto di arrivo del processo di codificazione realizzatosi nel corso del Risorgimento fu però l'emanazione del Codice Zanardelli nel giugno del 1889, il quale condusse finalmente alla

¹⁰⁰ FIORE C., *I reati di opinione* cit., pg.19. L'autore ricorda come i nuovi ordinamenti si posarono su un'impalcatura di vecchie e nuove leggi repressive, utilizzando come “scudo” il pretesto della sicurezza dello Stato.

¹⁰¹ FIORE C., *I reati di opinione* cit., pg.19.

¹⁰² Si fa riferimento, su tutti, al codice sardo-piemontese del 1839, contemplante i reati di lesa maestà - quali reati direttamente politici che “*tendono a distruggere l'ordine e la forma politica della società*” - nel Titolo II, suddiviso fra “reati di sicurezza esterna” e “reati contro la sicurezza interna dello Stato”. Nel codice del '39 la penalizzazione della manifestazione del pensiero trova la sua più alta espressione con gli artt. 199 e 200 della sezione terza. Vengono qui punito, a titolo meramente esemplificativo, “chiunque con discorsi tenuti in adunanze o luoghi pubblici, sia con cartelli affissi o col mezzo di stampe o di scritti abbia direttamente provocato i sudditi o gli abitanti nei Regii Stati a commettere alcuno dei crimini contemplati nella prima e seconda sezione di questo capo (...). Si fa cioè riferimento all'ipotesi della provocazione a commettere delitti dello Stato, contenuta all'interno dell'articolo 199 del codice in esame.

¹⁰³ L'Editto Albertino sulla stampa del 1848 fu emanato il 26 marzo 1848 (l.n.695) e contemplava al suo interno i principi giuridici fondamentali della libertà di stampa, rimasti peraltro in vigore nel Regno d'Italia fino all'avvento della parentesi dittatoriale fascista.

¹⁰⁴ Basti a tal proposito ricordare i successivi Capi dell'Editto, il IV (“Offese pubbliche contro la persona del Re), il V (“Offese pubbliche contro il Senato o la Camera dei Deputati, i Sovrani ed i Capi dei Governi esteri, ed i Membri del Corpo diplomatico”) e il VI (“Delle diffamazioni, ingiurie pubbliche, e dei libelli famosi”), contemplanti le ipotesi delle cd “offese pubbliche”.

tanto aspirata unificazione della legislazione penale. Benché nella relazione¹⁰⁵ che fece da sfondo all'approvazione del codice medesimo venne espressamente dichiarata l'intenzione di non "voler porre pastoie alla libertà di pensiero"¹⁰⁶, dalla mera lettura delle norme si evinse, all'opposto, come quell'inclinazione coercitiva fatta propria nei decenni anteriori non venne affatto superata. Il Codice Zanardelli, raccogliendo l'insegnamento del più tardo Editto sulla stampa del 1848, aumentò sensibilmente le incriminazioni pregresse volte a limitare la libertà di manifestazione del pensiero, affinando anzitutto le ipotesi di vilipendio ed elaborando, in parallelo, le previsioni relative all'apologia di reato e all'istigazione a delinquere¹⁰⁷. Volendo far leva su un approccio di tipo meramente sistematico, si andarono cristallizzando due grandi gruppi di reati di opinione; da un lato le fattispecie di *provocazione*, nel cui alveo vanno ricomprese le ipotesi di istigazione, propaganda e apologia e, dall'altro, le fattispecie di *offesa*, a cui vanno invece ricondotte le ipotesi di vilipendio e di offesa "in senso stretto"¹⁰⁸.

La dottrina dell'epoca non mancò di avanzare copiosi dubbi e perplessità in merito alle fattispecie contenute nel codice, con particolare riferimento alle ipotesi di vilipendio "in senso stretto" contemplate nel medesimo¹⁰⁹ e alla ingiustificata genericità ed indeterminatezza della fattispecie di istigazione a delinquere¹¹⁰. L'apprensione del versante dottrinale, in realtà, era legata a doppio filo all'interpretazione normativa fatta propria dalla giurisprudenza in quegli anni, improntata a rispondere più ad esigenze di tutela e conservazione dell'assetto politico-sociale che di garanzia e legalità nell'applicazione della legge¹¹¹. La letteratura ricorda come

¹⁰⁵ Fare qui riferimento alla cd "Relazione Zanardelli", avanzata al Re dal ministro guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 Giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale. Il progetto di codificazione venne infatti affiancato da una relazione, nella quale veniva dato conto dei presupposti e dei principi ispiratori dell'emanando codice penale.

¹⁰⁶ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.32.

¹⁰⁷ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.32. L'autrice richiama in particolare FLORIAN E., importante giurista italiano che, nell'ambito di una proficua attività accademica e professionale, ha rivolto il suo interesse anche in materia di delitti ideologici.

¹⁰⁸ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.101.

¹⁰⁹ Art. 123:"*Chiunque pubblicamente vilipende il Senato o la Camera dei Deputati è punito con la detenzione da uno a trenta mesi e con la multa da lire cinquanta a millecinquecento. Se l'offesa sia fatta al cospetto del Senato o della Camera, la detenzione è da sei mesi a tre anni e la multa da lire trecento a tremila*". Art. 126:"*Chiunque pubblicamente vilipende le istituzioni costituzionali dello Stato è punito con la detenzione sino a sei mesi o con la multa da lire cento a duemila*".

¹¹⁰ ALESANI L., *I reati di opinione* cit.. L'autrice richiama l'articolo 246 del codice Zanardelli: "*Chiunque pubblicamente istiga a commettere un reato è punito, per il solo fatto dell'istigazione: 1° con la reclusione da tre cinque anni, se trattisi di un delitto per il quale sia stabilita una pena superiore alla reclusione; 2° con la reclusione o con la detenzione sino a due anni, se trattisi di un delitto per il quale sia stabilito l'una o l'altra di queste pene; 3° con la multa sino a lire mille, negli altri casi. Nei casi preveduti nei numeri 2 e 3 non si può mai superare il terzo del massimo della pena stabilita per il reato cui si riferisce la istigazione.*"

¹¹¹ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.47.

la Cassazione, in sede di applicazione delle norme di apologia e di istigazione contemplate nel Codice Zanardelli, “concretò atti di politica e non di giustizia”¹¹², a dimostrazione di una tendenza repressiva del dissenso sempre più marcata.

Questo orientamento, più che mai votato alla penalizzazione del dissenso ideologico, trovò poi la sua “ideale” prosecuzione nell’organico sistema repressivo fatto proprio dal codice penale del 1930¹¹³, elaborato in epoca fascista e più che mai specchio di un assetto valoriale ispirato a principi di forte autorità. La promulgazione del codice Rocco non segnò quindi un vero e proprio cambio di passo rispetto alla legislazione anteriore, ponendosi in un rapporto di quasi totale continuità con il codice del 1889, a cui si è appena fatta menzione. Come sottolineato più correttamente da Carlo Fiore in sede letteraria, con il codice Rocco la vicenda della codificazione unitaria chiudeva, anche formalmente, il suo ciclo “liberale”, determinando in realtà un sostanziale ritorno alle origini¹¹⁴. Nel campo dei delitti di opinione si andò concretizzando, soprattutto in riferimento al versante quantitativo¹¹⁵, un ulteriore inasprimento delle inclinazioni autoritarie proprie dell’epoca anteriore, in forza di una costante opera di “accentuazione”¹¹⁶ del carattere autoritario dello Stato nei suoi rapporti con i cittadini. Più specificamente, si affermò l’esigenza di estendere la tutela penale “*a tutto quel complesso di interessi politici fondamentali, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la propria personalità*”¹¹⁷; proprio a questo scopo risponde, peraltro, la nuova rubrica del titolo I del libro II del codice, il quale all’espressione “delitti contro la sicurezza dello Stato” preferisce la più onnicomprensiva locuzione di “delitti contro la personalità dello Stato”. Pertanto, ancora una volta, la repressione del dissenso continuò a viaggiare nella stessa direzione e sempre nel solco dei due raggruppamenti di reati evidenziati in precedenza come esito dell’analisi storica¹¹⁸.

Il quadro cambiò drasticamente con il tramonto della “parentesi” fascista e con l’avvento della Costituzione repubblicana, i cui redattori - avendo ancora nelle orecchie l’assillante eco dei discorsi del duce, della guerra e delle violenze – si posero come obiettivo quello di scrivere un testo che si ponesse in linea del tutto antitetica con le teorie e le prassi ispiratrici del

¹¹² MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, Verona, Donato Tedeschi e figlio, 1890, pg.699 ss.

¹¹³ FIORE C., *I reati di opinione* cit., pg.36.

¹¹⁴ FIORE C., *I reati di opinione* cit., pg.36.

¹¹⁵ In tal senso FIANDACA G., *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale. Dibattito su “il codice Rocco cinquant’anni dopo”*, in *La Questione criminale*, 1981, I, pg.72 ss.

¹¹⁶ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.105.

¹¹⁷ ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1929, pg.7.

¹¹⁸ ALESANI L., *I reati di opinione*, pg.105 ss.

ventennio. A partire da questo preciso momento storico, coincidente proprio con l'entrata in vigore dell'attuale legge fondamentale dello Stato italiano, il panorama giuridico e politico iniziò ad interrogarsi sulle ragioni di sopravvivenza dei reati di opinione, ancora contemplati all'interno del codice "fascista" del 1930, in un ordinamento ispirato anzitutto ai concetti di democrazia e libertà. Negli anni immediatamente successivi alla definizione della Carta costituzionale, l'unanime dottrina finì con l'auspicare l'abrogazione degli stessi, ritenendo sconcertante - e al tempo stesso inammissibile - che quelle stesse norme che servirono a giustificare le urgenze repressive di matrice fascista, potessero sopravvivere all'interno dell'ordinamento repubblicano, grazie ad un'iniziativa di convalida del legislatore e della Corte costituzionale¹¹⁹. I fautori di questo orientamento, volto ad etichettare i reati di opinione come "reati fascisti", più che dalla preoccupazione dell'esecrazione del dissenso politico, erano mossi dal timore di eventuali abusi da parte della giurisprudenza in sede di applicazione delle singole fattispecie. Ebbene, come sottolineato da Alfonso di Giovine (celebre studioso della materia) questa stagione di grande eccitazione intellettuale volta all'eliminazione dei reati di opinione, si spense definitivamente intorno agli anni '70, in sostanziale concomitanza con il passaggio dalla cultura della violenza alla pratica sanguinaria¹²⁰.

Questa scuola di pensiero, che ha pervaso la dottrina per almeno un paio di decenni, trovò nel criterio della *ratio storica* la sua fonte di legittimazione; in altre parole, venne fatta propria l'idea che la valenza e la portata delle norme resti intatta, nonostante il dissimile contesto politico-culturale in cui le stesse vivono e vengono applicate¹²¹. Come ha avuto modo di sottolineare negli anni la Corte costituzionale sul punto, questo criterio lungi dal poter essere adottato per giustificare l'abrogazione dei delitti di opinione, in quanto la legittimità o meno delle disposizioni normative non può essere valutata esclusivamente in relazione al contesto storico, politico e culturale nel quale le stesse sono state partorite. A sostegno di quanto appena affermato, basti ricordare la celebre sentenza n. 87 del 1966 della Consulta, nella quale venne affermato il seguente principio: "*l'origine e la ratio iniziale di una disposizione non possono considerarsi decisive per una esatta interpretazione nell'ambito del sistema, dal momento che, quali siano il tempo e l'occasione che le hanno dato vita, la norma va*

¹¹⁹ In tal senso PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, pg.116.

¹²⁰ DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero cit.*, pg.59.

¹²¹ DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero cit.*, pg.59.

*esaminata nella sua obiettiva struttura ed interpretata nella sua reale portata, per essere posta a confronto del precetto costituzionale che si assume violato*¹²².

Alla luce di quanto appena esplicitato, si può quindi comprendere come l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, benché portatrice di una nuova visione politico-culturale del tutto difforme da quella anteriore, non abbia in alcun modo condotto alla sparizione dei reati di opinione nel nostro ordinamento giuridico, imponendo piuttosto un'attenta "rilettura" dei medesimi alla luce dei nuovi principi costituzionali. Al contrario, sono stati molteplici gli interventi di riforma volti ad implementare la categoria giuridica negli ultimi settant'anni. Si fa anzitutto riferimento alla legge attuativa della XII disposizione transitoria della Carta Costituzionale, la cd legge Scelba (n.645 del 1952). Quest'ultima, voluta fortemente dal governo De Gasperi e nata dall'esigenza di proteggere l'apparato democratico da tutte quelle minacce "antisistema" ritenute incompatibili con l'ordinamento liberal-costituzionale, introdusse due nuove ipotesi criminose: il reato di apologia del fascismo e il divieto di compiere manifestazioni fasciste. Vennero quindi introdotte, nonostante le successive mutilazioni apportate negli anni successivi dalla Consulta¹²³, due nuove fattispecie penali "a carattere esclusivamente ideologico"¹²⁴, più che mai oggetto di discussione all'interno dibattito politico contemporaneo. Alla legge Scelba ha poi fatto seguito la cd "Legge Reale" (n.152/1975), anch'essa introduttiva di due nuove fattispecie delittuose riconducibili alla categoria giuridica dei reati di opinione, qui oggetto di interesse. E' stata in *primis* immessa una nuova fattispecie autonoma di reato volta a reprimere la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico¹²⁵ e, in parallelo, è stato altresì penalizzato l'incitamento alla discriminazione per motivi razziali o etnici, nonché forme più intense di incitamento alla commissione o dirette al compimento di atti di violenza o provocazione alla violenza. Proseguendo lungo la direttrice degli interventi di implementazione legislativa a noi più vicini, va poi fatta menzione alla Legge Mancino (n.205/1993), la quale ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di propaganda razzista e che, senza alcuna riserva, rappresenta ad

¹²² Nell'affermare il principio di diritto, la Corte fa altresì riferimento alle pregresse sentenze n. 5 del 1962 e n. 9 del 1965, in cui la Consulta si è espressa nei medesimi termini.

¹²³ A titolo esemplificativo, basta rammentare la sent. n. 74/1958 della Corte costituzionale, la quale ha chiarito l'intenzione del legislatore di voler impedire, con l'introduzione dell'articolo 5 della suddetta legge, la riorganizzazione del disciolto partito fascista. La norma, in altri termini, ha inteso vietare e punire non già una qualsivoglia manifestazione di pensiero, tutelata dall'art. 21 Cost., bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista che possono determinare il pericolo che in concreto si è voluto evitare.

¹²⁴ STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008, pg. 150.

¹²⁵ In tal senso CUCCHISI F., *Attività clinica*, 6 giugno 2022, *Le discriminazioni e il diritto penale: riflessioni dopo una lezione*.

oggi il principale strumento messo a disposizione dal legislatore per la repressione dei crimini d'odio e di incitamento all'odio. In ultimo, va infine ricordata la legge n.115 del 2016, introduttiva della discussa fattispecie di negazionismo e di cui si avrà modo di parlare approfonditamente più avanti.

Volendo tirare le somme su quanto più sopra esposto, che cosa si può davvero ricavare da questo conciso excursus storico? Il dato che emerge per eccellenza è relativo alla sopravvivenza di questa categoria giuridica alla luce degli stravolgimenti politico-culturali che hanno interessato il nostro sistema legale; ciò che si può rilevare, in altre parole, è la sostanziale ed effettiva continuità della legislazione nella criminalizzazione dei reati di opinione, i quali hanno superato indenni i molteplici interventi riformatori e, in parallelo, il vaglio di compatibilità della giurisprudenza costituzionale¹²⁶, tema sul quale occorre soffermarsi partitamente. La sopravvivenza dei reati di opinione invita pertanto ad un'attenta meditazione sulla natura e sulla giustificazione di tali norme nel mutato contesto politico-sociale, nonché sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nel garantire il rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà civili.

2.3.1 L'interessamento della Consulta: l'interpretazione costituzionalmente orientata dei reati di opinione e la ricerca di un criterio di legittimazione.

Come già anticipato, benché l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana non abbia in alcun modo condotto alla sparizione dei reati di opinione (contemplati nel codice Rocco del '30), ha in ogni caso imposto un'opera di reinterpretazione dei medesimi alla luce dei nuovi principi fatti propri dalla Carta fondamentale. In altri termini, è emersa l'esigenza impellente di attribuire una nuova "forma" alle fattispecie proprie di questa particolare categoria giuridica, il più possibile rispondente all'assetto valoriale del nuovo dettato costituzionale. Come sottolineato puntualmente in dottrina, la previsione di reati a pericolo presunto non ha posto particolari problemi nell'ottica dei compilatori del codice Rocco, in quanto la rilevanza dell'interesse protetto giustificava l'arretramento della punibilità, a prescindere dalla presenza di un pericolo effettivo di lesione¹²⁷. L'entrata in vigore del dettato costituzionale e, più specificamente, l'ampio esercizio del diritto alla libertà di espressione riconosciuto all'interno

¹²⁶ AMATO G., *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in Dem. dir., 1966, pg.485.

¹²⁷ ALESANI L., *I reati di opinione cit.*, pg.194.

dell'articolo 21 Cost.¹²⁸, hanno inevitabilmente imposto una più compiuta rilettura dei limiti di legittimità dei reati di opinione. Ebbene, a farsi carico di questo importante sforzo interpretativo è stata la Corte costituzionale, a più riprese chiamata a pronunciarsi sul tema; il giudice delle leggi, nel tentativo di restringere l'area del penalmente rilevante, ha innanzitutto posto l'accento sull'offensività della condotta, quale *quid pluris* ulteriore e, al tempo stesso, necessario rispetto alla mera manifestazione di un pensiero. Volendo essere più puntuali, la Consulta ha individuato nell'idoneità della condotta a porre concretamente in pericolo il bene giuridico (di rilievo costituzionale) tutelato dalla norma il criterio di legittimazione dei delitti di opinione. Le molteplici sentenze intervenute in materia, alle quali verrà riservata una rapida disamina, mostrano infatti un comune tratto distintivo: è accettabile limitare la libertà di espressione – più in generale una libertà costituzionale – solo in presenza di un pericolo concreto.

La Corte costituzionale è pervenuta a tale conclusione in tempi piuttosto celeri, a soli dieci anni di distanza dalla sua prima udienza pubblica. Con la sentenza n.87 del 1966, avente ad oggetto l'abrogata fattispecie di propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p.¹²⁹, il giudice delle leggi ha rigettato la questione di legittimità con riferimento al primo comma, con il quale veniva punita la propaganda *“per la istaurazione violenta della dittatura, o per la soppressione violenta di una classe sociale, o per il sovvertimento violento degli ordinamenti sociali ed economici costituiti nello Stato, o per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società”*. La Consulta, in questa occasione, ha innanzitutto voluto sottolineare il criterio discrezionale intercorrente tra i concetti di propaganda e di manifestazione del pensiero, escludendone la sovrapposibilità; la propaganda, sempre secondo la Corte, è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto¹³⁰, in quanto strettamente interconnessa al raggiungimento di un fine diverso, che la qualifica e la pone su un piano distinto¹³¹. La Corte ha quindi rigettato la questione di legittimità costituzionale in riferimento a questo primo comma, facendo leva sull'assunto che la propaganda diretta al *“ricorso alla violenza come mezzo per conseguire un mutamento nell'ordinamento vigente”* si pone in un rapporto di assoluta immediatezza con l'azione, risultando *“idonea a determinare reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire”*. Diversa è stata invece la sorte del secondo comma della

¹²⁸ In tal senso PELLISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, pg.121.

¹²⁹ Si fa riferimento all'articolo 272 c.p., rubricato: *“Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale”*. Tale articolo è stato abrogato dall'art.12, L. 24 Febbraio 2006, n.85.

¹³⁰ Quale può essere, ad esempio, quello didattico, artistico, scientifico o religioso.

¹³¹ Sent. n.87/1966, in *Giur.cost.*, 1966.

fattispecie in esame, il quale puniva la diversa ipotesi di propaganda diretta a distruggere o deprimere il sentimento nazionale. La Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo, in quanto il sentimento – sempre alla luce di quanto emerso dalla sentenza - è un qualcosa che sorge e si sviluppa nell'intimo della coscienza umana e, proprio per questa ragione, fa parte del mondo del pensiero e delle idealità¹³². La relativa propaganda - in questo caso specifico - non risulta pertanto diretta a suscitare azioni violente o al perseguimento di finalità illecite, ragione che ha spinto il giudice delle leggi a ritenere la relativa limitazione costituzionalmente illegittima, in quanto collidente con la libertà garantita ex art. 21 Cost.

La Consulta si è poi espressa negli stessi termini con riferimento al terzo comma dell'articolo 414 c.p., che incrimina l'apologia di delitto. La Corte, anziché procedere alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma per asserita incompatibilità con l'art.21 Cost., ha preferito procedere ad un'opera di manipolazione della fattispecie, trasformando cioè l'apologia di reato (consistente nella semplice esaltazione pubblica di fatti delittuosi) in una istigazione indiretta al delitto¹³³. E come si è addivenuti a questa trasformazione sul piano concreto? Con la già menzionata sentenza n.87/1966, la Corte ha in primo luogo escluso dalla nozione di apologia di reato tutto ciò che potrebbe rientrare nella propaganda di un “*puro pensiero e di pura opinione*”. Come asserito qualche anno dopo in una diversa sentenza, ciò potrebbe includere atti come la critica a una legge penale, la propaganda per la sua abrogazione o il giudizio favorevole sui motivi che hanno spinto una persona a violare una specifica legge (sent. n.65/1970). In *secundis*, sembra che la Corte abbia avvicinato il più possibile il reato di apologia al reato di istigazione; in altre parole, il giudice delle leggi sembra ritenere punibile solo chi, elogiando o glorificando l'autore di un determinato delitto, pone in essere un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti¹³⁴.

Allo stesso modo, questa opera di rilettura e di necessario “arricchimento” dei delitti di opinione ha coinvolto anche i reati di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste, già più sopra ricordati. Anche con riferimento ai medesimi, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha

¹³² Sent. n.87/1966, in Giur.cost.,1966.

¹³³ In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.726.

¹³⁴ Sul punto SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.727. L'autore richiama, in questo caso, la sentenza n. 65/1970 della Corte costituzionale, la quale ha sul tema statuito quanto segue: “L'apologia punibile ai sensi dell'art.414,ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti”.

determinato un sensibile restringimento dell'area di rilevanza penale, circoscrivendola alla necessaria idoneità della condotta alla ricostituzione del disciolto partito fascista¹³⁵. Anche l'apologia di fascismo, per assumere i contorni di reato, non deve dunque sostanziarsi in una mera difesa elogiativa, bensì in un'esaltazione tale da poter condurre concretamente alla riorganizzazione del partito fascista¹³⁶.

Dalla disamina delle sentenze di matrice giurisprudenziale, qui brevemente ripercorse, si possono ricavare un paio di principi ermeneutici essenziali per l'interpretazione costituzionalmente orientata dei delitti di opinione. In prima istanza, si può anzitutto concludere come l'anticipazione della tutela al pericolo astratto non possa essere considerata legittima quando la stessa coinvolge comportamenti che costituiscono espressione di un diritto costituzionale. In altre parole, se una condotta è espressione di un diritto sancito dalla Costituzione, la tutela penale dovrebbe essere limitata al pericolo concreto, anziché al pericolo astratto. Un principio, quello appena ricordato, che cerca così di garantire un recupero della legalità e una maggiore precisione nella definizione delle fattispecie. C'è però una seconda "direttrice ermeneutica" che si può estrapolare dall'indirizzo giurisprudenziale della Consulta in materia di reati di opinione; si può infatti rilevare che quando una libertà costituzionale agisce come "*controinteresse*" al bene giuridico tutelato dalla norma penale, il precetto deve essere interpretato in modo restrittivo. Questo significa che, quando si tratta di bilanciare la libertà costituzionale con il bene giuridico tutelato dalla norma, si dovrebbe adottare un'interpretazione restrittiva della legge penale. Solo procedendo in questi termini, è possibile preservare l'essenza della libertà costituzionale e, in parallelo, conferire maggiore chiarezza e specificità alle fattispecie contemplate dalla normativa penale.

Per concludere, si può quindi asserire come questi principi, fatti propri dalla Corte costituzionale nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei delitti di opinione, siano finalizzati al perseguimento di due obiettivi distinti, ma estremamente interconnessi. Se da un lato sono volti a reprimere un'applicazione eccessivamente estensiva della tutela penale in materia (specialmente quando ad essere coinvolti sono diritti costituzionalmente garantiti), mirano parimenti a garantire un'interpretazione della normativa penale che tenga conto del necessario bilanciamento tra libertà costituzionale e beni giuridici tutelati.

¹³⁵ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.196. L'autrice fa riferimento in questo passaggio alla sent. n.1/1957 della Corte costituzionale.

¹³⁶ Sent. n.1/1957, in *Giur.cost.*,1957.

2.3.2 La riforma del 2006 sui reati di opinione (l.n.85/2006): le modifiche apportate al codice penale e le riserve di matrice dottrinale.

La posizione assunta negli anni dalla giurisprudenza costituzionale, relativamente alla necessaria riformulazione dei delitti di opinione, ha spinto il legislatore ad intervenire in materia con un importante progetto riformatore. Le istanze di riduzione dell'area del penalmente rilevante sono infatti state recepite, benché solo parzialmente, dalla legge n.85 del 2006, rubricata “*modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*”¹³⁷. La riforma in questione si è posta l'obiettivo precipuo di cancellare, in altri casi manipolare, una serie di fattispecie criminose contemplate nel codice Rocco del '30 e del tutto collidenti con la libertà di pensiero e di opinione, colonne portanti dell'affermato ordine costituzionale. Più specificamente, la dottrina maggioritaria sottolinea come la riforma sia intervenuta su tre profili distinti, ugualmente essenziali per una compiuta “ridefinizione” dei reati di opinione. In *primis*, ha inteso incidere sulla determinatezza delle fattispecie delittuose, al fine di delineare meglio la portata offensiva delle medesime. In seconda istanza, è poi intervenuta sul profilo squisitamente quantitativo, ritoccando verso il basso le sanzioni previste per quei reati di opinione che le sono sopravvissuti (che non siano quindi stati abrogati dalla riforma stessa). In ultimo, la legge n.85 del 2006 ha infine voluto affrontare i molteplici problemi di offensività che connaturano da sempre la categoria giuridica in esame. Sono pertanto queste le tre direttrici che verranno seguite per la compiuta esegesi della riforma, ancora oggi bersaglio di aspre critiche in sede dottrinale.

Una prima linea di intervento, come anticipato, muove dall'intento di puntualizzare la dimensione offensiva del fatto incriminato, rendendo così più determinate le singole fattispecie delittuose. La riformulazione dell'articolo 292 c.p., rubricato “*Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato*”, rappresenta forse l'esempio più icastico in tal senso. La riforma del 2006 non ha abrogato i cd reati di vilipendio, bensì ha cercato – seppur con risultati piuttosto rivedibili – di tipizzarne maggiormente la condotta¹³⁸. Una scelta, quest'ultima, piuttosto censurabile, in quanto ad essere messo in discussione – in riferimento

¹³⁷ Le modifiche al codice penale in materia di reati di opinione, approvate con la legge n. 85 del 24 febbraio 2006, “*alzano il tasso di democrazia del Paese*”. Sono state queste le parole utilizzate dall'allora Ministro della Giustizia nel presentare la legge e nel valutare l'impatto del progetto riformatore sul sistema penale.

¹³⁸ Sul punto PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in Guida al diritto n.14/2006, 26-7. L'art.292 c.p. (vecchia formulazione) recitava: “1.Chinque vilipende la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche a chi vilipende i colori nazionali raffigurati su cosa diversa da una bandiera”.

ai reati di vilipendio – non è tanto il tema della loro tipizzazione normativa, bensì l’*“an stesso della tutela”*¹³⁹; proprio per questa ragione sarebbe stata più auspicabile, almeno per buona parte del versante dottrinale, l’integrale abrogazione delle singole fattispecie delittuose¹⁴⁰. Se ad essere incriminato anteriormente era il generico fatto di vilipendere la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato, con la riforma si è scelto di scindere quello che prima era un unico reato in due fattispecie distinte¹⁴¹. Se il primo comma incrimina il fatto di vilipendere con *espressioni ingiuriose* la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato, con il secondo viene ora espressamente penalizzata la condotta di *“chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato”*. L’introduzione della locuzione “espressioni ingiuriose” (introdotto anche all’articolo 299 c.p.), quale mezzo di realizzazione del vilipendio utilizzato dal legislatore al fine di circoscrivere più compiutamente la tutela penale, pone però non pochi problemi sul piano squisitamente interpretativo. La locuzione stessa sembrerebbe infatti riferirsi alle mere espressioni verbali, siano esse linguistiche, scritte o orali; una lettura siffatta, soprattutto alla luce della rinnovata configurazione del secondo comma, condurrebbe però alla discutibile conseguenza di escludere dalla portata applicativa della norma condotte potenzialmente ben più irriguardose di un’ingiuria verbale¹⁴². Più opportuno, come sottolineato dalla dottrina maggioritaria, sarebbe pertanto ricomprendere sotto alla dizione “espressioni ingiuriose” tutto ciò che costituisce “espressione” di disprezzo, prescindendo così dalla necessità che la condotta vilipendiosa assuma una forma linguisticamente articolata¹⁴³. Questa interpretazione estensiva, a ben vedere, evidenzia però l’assoluta incapacità della locuzione “espressioni ingiuriose” a rispondere a quelle esigenze di determinatezza e di circoscrizione della tutela penale fatte proprie dalla riforma, in quanto comprensiva di quanto già implicito nel concetto del “vilipendere”¹⁴⁴. Secondo la lettura dominante avanzata a più voci in sede dottrinale, per poter davvero attribuire alla fattispecie novellata dalla riforma un contributo di “innovazione” e, in parallelo, una maggiore

¹³⁹ In questi termini MASSARO A., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n.85 del 2006*, in Cass. pen., 11, 2006, Pg.3863 ss.

¹⁴⁰ Un sostenitore di questa tesi è SPENA A., *Libertà di espressione* cit..

¹⁴¹ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.729.

¹⁴² In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione* cit. pg.729. L’autore, quando parla di condotte potenzialmente ben più irriguardose, si riferisce per esempio allo sputo sulla bandiera, a un gesto sconcio o un suono oltraggioso rivolti alla bandiera stessa.

¹⁴³ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.729.

¹⁴⁴ RUGA RIVA C., sub art. 292 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI E./ MARINUCCI G., Milano 2006, pg. 2040: *“l’autonomia della formula “vilipende con espressioni ingiuriose”, rispetto all’originaria “vilipende”, si risolve solamente nella sicura esclusione del vilipendio mediante omissione ..., probabilmente già da escludersi in base all’originaria versione dell’art. 292 c.p.”*

determinatezza, occorre riferire la locuzione alla necessità che la manifestazione di disprezzo si estrinsechi mediante espressioni già di per sé cariche di offensività. Soltanto in questi termini si potrebbe così attribuire alla riforma del 2006 il merito di aver circoscritto il perimetro applicativo della fattispecie di vilipendio alla bandiera (non solo nazionale ma anche estera) alle limitate ipotesi nelle quali, come detto, la manifestazione di disprezzo verso la medesima si avvalga di espressioni di per sé già offensive¹⁴⁵. Per quanto attiene, per converso, alla fattispecie di “vilipendio reale” introdotta nel secondo comma dell’art.292 c.p., il canone di determinatezza normativa lungi dall’essere soddisfatto. Il richiamo a tutte le forme possibili di vilipendio materiale, con l’utilizzo dei termini che ne fanno da sfondo (“*distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta*”), non può che dar luogo ad interpretazioni più che mai vaste ed inclusive. Ebbene, questo tentativo di tipizzazione normativa ha interessato, in parallelo, anche il campo del vilipendio religioso. L’intervento riformatore ha infatti condotto alla riformulazione dell’art.404 c.p. (“*offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di cose*”) in misura del tutto sovrapponibile al vilipendio alla bandiera. Invero, anche qui è stato immesso il riferimento alle “espressioni ingiuriose” e al danneggiamento, punito con la reclusione solo se commesso intenzionalmente e pubblicamente. Più in generale, è stata inoltre preferita l’espressione “confessioni religiose”¹⁴⁶ in luogo dei precedenti riferimenti ai “culti ammessi” e alla “religione di Stato”, a dimostrazione della volontà del legislatore di recepire l’insegnamento pregresso della Corte costituzionale¹⁴⁷.

La Riforma del 2006, sempre nell’ottica di un disegno riformatore finalizzato a garantire maggiore determinatezza ai delitti di opinione presenti nel codice Rocco, ha inoltre apportato qualche modifica in materia di discriminazione razziale. Il legislatore ha infatti modificato l’art.3 della legge 654/1975, nel tentativo di rettificare i termini definatori della condotta penalmente rilevante: la novella ha infatti sostituito le anteriori locuzioni “*chi diffonde in qualsiasi modo idee*” e “*incita*” rispettivamente con “*chi propaganda idee*” e “*istiga*”,¹⁴⁸.

¹⁴⁵ In questi termini SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.730, il quale fa riferimento – a titolo esemplificativo – all’uso del turpiloquio, o di formule linguistiche particolarmente volgari.

¹⁴⁶ Espressione che compare già nella rubrica del Capo I del Titolo IV del codice penale.

¹⁴⁷ Si veda in materia le sentenze C. cost. n. 329/1997, in Foro. It., 1998, I, p. 26; n. 327/2002, in id., 2002, I, p. 2941; n.168/2005, in id., 2005, I, p. 2288, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, rispettivamente gli artt. 404.1, 405,403 c.p. nella parte in cui prevedevano sanzioni diverse a seconda della religione offesa; C. cost., n. 508/2000, in Foro.it, 2002, I, p. 985, con cui ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del vilipendio diretto di cui all’art. 402 c.p.

¹⁴⁸ In particolare: - alla lettera a), oltre a un’ulteriore diminuzione della pena (che ora è alternativa: reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino a 6000 euro), vengono modificati i termini definatori della condotta penalmente rilevante: è punito non più chi “diffonde in qualsiasi modo”, ma chi “propaganda idee fondate sulla

Anche in questo caso, però, non sono mancate le osservazioni critiche di matrice dottrinale e giurisprudenziale sull'effettiva determinatezza delle locuzioni introdotte. A proposito della sostituzione del concetto di “diffusione” delle idee razziste con quello di “propaganda” di tali idee, e del concetto di “incitamento” con quello di “istigazione”, la giurisprudenza di Cassazione¹⁴⁹ tende a escludere una desultorietà sul piano contenutistico del paradigma della condotta criminosa rispetto alla normativa pregressa¹⁵⁰. La Suprema corte, asserendo che la condotta consistente nel “propagandare” idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico fosse già ricompresa nella locuzione (anteriore) del “diffondere in qualsiasi modo” le stesse idee, ha di fatto individuato un rapporto di mera continuità normativa¹⁵¹ tra le corrispondenti ipotesi delittuose. La nuova locuzione introdotta dalla novella normativa non sembra pertanto in grado di rispondere a quelle esigenze di determinatezza di cui si è detto, oltre ad apparire “irragionevole” alla luce dell'abrogazione, con lo stesso intervento normativo, dell'ipotesi di propaganda di cui all'art.272 c.p.¹⁵². Non sono mancati, in parallelo, anche i rimproveri di matrice dottrinale, volti a sottolineare il rapporto di sostanziale continuità tra i concetti di “incitamento” e “istigazione”, ritenuti del tutto parificati nel “disegnare una condotta diretta a sollecitare il compimento di atti di discriminazione”¹⁵³.

La legge n.85 del 2006, oltre ad incidere – seppur in misura rivedibile alla luce di quanto appena esposto - sulla determinatezza dei reati di opinione, è inoltre intervenuta sulla comminatoria edittale delle pene, emendando verso il basso le sanzioni previste¹⁵⁴. Con riguardo ad alcune disposizioni è stato ridotto il mero quantum edittale, restando invece invariata la pena (reclusione) già prevista per tipo e specie¹⁵⁵. Nella stragrande maggioranza dei casi, invece, la riforma ha comportato il passaggio a pene di specie diversa rispetto a quanto previsto dalla normativa anteriore; con riferimento alle ipotesi di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290, primo e secondo

superiorità o sull'odio razziale o etnico”; non più chi “incita”, ma chi “istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”; - alla lettera b), è ora punito non più chi “incita”, ma chi “istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”.

¹⁴⁹ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008 (dep. 03/10/2008), n. 37581, Mereu, Rv. 241072.

¹⁵⁰ PAVICH G. E BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, Diritto penale contemporaneo, pg.10.

¹⁵¹ PAVICH G. E BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione* cit., pg.10.

¹⁵² ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.120.

¹⁵³ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., p. 732; INSOLERA G., *La legislazione penale compulsiva.*, CEDAM, 2006, pg.158.

¹⁵⁴ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.732.

¹⁵⁵ In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.733. L'autore fa in particolare riferimento all'articolo 292 c.p. c.2 e all'art. 404 c.p.

comma, c.p.), di vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.) e al già citato vilipendio mediante espressioni ingiuriose della bandiera nazionale (art.292 primo comma c.p.), si è infatti transitati dalla pena di reclusione alla multa, sempre nell’ottica di una “bagatellizzazione” dei reati di opinione.

Infine - terza e ultima direttrice perseguita dalla novella legislativa - la riforma del 2006 ha inteso affrontare i problemi di offensività che permeano da sempre la categoria giuridica in esame. In tal senso va letta l’abrogazione espressa di alcune disposizioni incriminatrici, con conseguente abolizione della relativa incriminazione. In dottrina si è parlato di una vera e propria “*opera di smaltimento*”¹⁵⁶ delle fattispecie, la quale ha coinvolto l’art.269 c.p. (“attività antinazionale del cittadino all’estero”), l’art. 279 c.p. (“lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica”), nonché alcune circostanze aggravanti ex artt. 292-*bis* e 293 c.p.¹⁵⁷ Come abbiamo già avuto modo di ricordare, il legislatore ha però preso le distanze da chi auspicava l’abolizione integrale della categoria giuridica. Ad essere state abrogate dalla riforma del 2006, infatti, sono le mere ipotesi delittuose incentrate su condotte meno direttamente irriguardose¹⁵⁸ dei valori morali, spirituali, ideali e sovra-individuali, più sopra ricordate. Come ampiamente ricordato, è stata invece confermata - seppur nell’ambito di un quadro sanzionatorio più mite - l’impalcatura dell’intero sistema dei reati di vilipendio e, più in generale, dei cd reati di offesa, nonché la fattispecie di apologia di delitto ex art.404 comma 3 c.p., anch’essa “salvata” dal legislatore nonostante i critici profili di compatibilità della stessa con la libertà di espressione e, in particolare, con i principi di materialità e di offensività che fanno da sfondo al nostro sistema penale.

Con l’esegesi di questa riforma, l’ultima ad essere intervenuta segnatamente sui reati di opinione, si è conclusa questa parentesi volta a ripercorrere, seppur in termini piuttosto stringati, il complesso profilo storico della categoria giuridica oggetto di discussione. Come agevolmente evincibile, si tratta di un percorso che è stato inevitabilmente contraddistinto e segnato dai grandi stravolgimenti politico-culturali che hanno interessato le diverse epoche storiche, ma che con l’ultima riforma del 2006 non sembra aver raggiunto uno “stadio

¹⁵⁶ NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. Pen.*, III, 2006, pg. 409.

¹⁵⁷ Art.292-*bis* c.p. (Circostanza aggravante):“*La pena prevista nei casi indicati dagli articoli 278 (offesa all’onore o al prestigio del Presidente della Repubblica), 290, comma secondo (vilipendio delle Forze armate), e 292 (vilipendio della bandiera o di altro emblema dello Stato), è aumentata, se il fatto è commesso dal militare in congedo. Si considera militare in congedo chi, non essendo in servizio delle armi, non ha cessato di appartenere alle Forze armate dello Stato, ai sensi degli articoli 8 e 9 del codice penale militare di pace*”. Art. 293 c.p.(Circostanza aggravante):“*Nei casi indicati dai due articoli precedenti, la pena è aumentata [64] se il fatto è commesso dal cittadino in territorio estero*”. Entrambi gli articoli sono stati abrogati dalla L.n.85/2006.

¹⁵⁸ SPENA A., *Libertà di espressione cit.*, pg.736.

conclusivo” del tutto soddisfacente. Sono state molteplici, invero, le voci di spicco che in sede dottrinale hanno auspicato (e auspicano tutt’ora) un ulteriore - e meglio architettato – intervento riformatore, proprio alla luce di un’ultima novella legislativa incapace di mettersi del tutto alle spalle i retaggi di repressione del dissenso politico, religioso e culturale¹⁵⁹. Il tema relativo al complesso rapporto dialettico tra libertà di espressione e reati di opinione rimane pertanto complesso e aperto ad un dibattito continuo, richiedendo un approccio attento nella formulazione delle leggi e delle politiche per garantire un equilibrio adeguato tra i diversi interessi della società.

2.4 Il “reato di opinione” nelle sue molteplici espressioni: le somiglianze di famiglia tra le diverse fattispecie.

Completato così il profilo squisitamente storico, risulta ora più che mai necessario cercare di operare un’accurata classificazione delle fattispecie delittuose oggi presenti nel nostro codice penale (e sopravvissute alla riforma), al fine di poter poi tratteggiare le “somiglianze di famiglia” intercorrenti tra le medesime. Per poter portare avanti un lavoro di questo tipo, occorre però compiere uno sforzo di natura qualitativa, volto ad attribuire all’etichetta “reati di opinione” una definizione quanto più puntuale e rispondente ai canoni essenziali del nostro sistema penale. Come si è già avuto modo di segnalare, infatti, non esiste ancora oggi una definizione univocamente valida ed accettata in materia. La discussione circa la necessità di una condotta esterna, in ossequio al principio “*cogitationis poena nemo patitur*” (nessuno può essere punito per il suo pensiero), ha addirittura condotto ad una proposta alternativa di denominazione: “reati di espressione”¹⁶⁰. L’argomento avanzato dai fautori di questa tesi è che la nozione “reato di opinione” sembra essere incentrata più sull’atto di esprimere un dato pensiero che sulla modalità esecutiva e sull’estrinsecazione del medesimo. Un approccio di questo tipo, come evidenziato su tutti da Giovanni Bognetti¹⁶¹, condurrebbe ad attribuire una definizione troppo ampia alla categoria giuridica, in grado di ricomprendere fattispecie delittuose che non presentano le caratteristiche specifiche associate ai tradizionali reati di opinione.

¹⁵⁹ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.737.

¹⁶⁰ BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p. ultimo comma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971, pg.55.

¹⁶¹ Importante giurista italiano del ‘900, professore ordinario di Storia del diritto italiano e celebre per i suoi studi sull’età longobarda.

A dire il vero, questa impostazione teorica mette in discussione una nozione, quella di “reato di opinione”, che di certo non spicca per chiarezza: sembrerebbe infatti riferirsi, attenendosi ad un approccio di tipo letterale, all’insieme di reati che si sostanziano non in un *facere* o in un *non facere*, bensì in un *dicere*¹⁶², cioè nell’esprimere un pensiero riguardo a qualcosa. Appare del tutto evidente che con un approccio di questo tipo, del tutto censurabile, si potrebbero ricomprendere nell’alveo dei reati di opinione non solo l’ingiuria e la diffamazione, le quali tipicamente coinvolgono espressioni verbali dannose per la reputazione di una persona, ma anche altri reati come la falsa testimonianza, la minaccia e il disturbo delle occupazioni. Un insieme di atti, questi, che si risolvono pertanto in un “*dicere*” (un dire) ma che non presentano le stesse caratteristiche specifiche dei reati di opinione. Preso quindi atto dell’ambiguità della locuzione e della necessità, almeno secondo l’impostazione dominante, di andare oltre al rapporto di mera equivalenza tra reati di opinione e libertà di espressione¹⁶³, occorre ora individuare quali siano in concreto le singole ipotesi delittuose che la dottrina maggioritaria ricomprende nella categoria giuridica dei reati di opinione, con il fine ultimo di evidenziarne le possibili comunanze.

Va preliminarmente ricordato come all’interno del panorama dottrinale moderno non si possa in alcun modo rinvenire un criterio classificatorio unitario in materia. In forza di una prima classificazione, afferente al bene giuridico tutelato, possono essere considerati reati di opinione: a) il vilipendio, l’apologia e la propaganda contro lo Stato (ex artt. 272, 290, 291, 292 e 299 c.p.), b) l’apologia di delitto (ex art. 414 c.p.), c) le diverse ipotesi di vilipendio contro la religione (ex artt. 403, 404, 406 c.p.), d) la propaganda razzista ex art. 604-*bis* c.p. Le fattispecie appena elencate, volendo andare oltre alle singole specificità delle stesse, presentano delle vere e proprie “somiglianze di famiglia”, che meritano di essere trattate partitamente. In *primis*, si fa riferimento ad un insieme di reati (vilipendio, propaganda e apologia) che consistono nella manifestazione, nell’espressione di un certo pensiero¹⁶⁴. Volendo essere più precisi, si tratta di reati che consistono “nell’espressione recettiva di un pensiero” e che, proprio in virtù di quanto appena detto, non incriminano il palesamento di

¹⁶² In tal senso MANTOVANI F., *I reati di opinione*, in Il ponte, 1971, pg.206.

¹⁶³ Non mancano però le voci contrarie a questo filone interpretativo, benché di portata minoritaria, volte a raggruppare sotto l’etichetta “reato di opinione” tutte quelle fattispecie delittuose nei cui confronti sia ipotizzabile una potenziale conflittualità con il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost.

¹⁶⁴ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.692.

un'opinione in quanto tale, essendo infatti necessario l'ulteriore elemento dell'altrui percezione, l'altrui presa di conoscenza del pensiero offensivo¹⁶⁵.

Se è quindi vero che queste ipotesi delittuose consistono nell'espressione di un dato pensiero, è altrettanto vero che lo stesso debba però avere un contenuto critico e non semplicemente informativo o narrativo: si fa quindi riferimento a reati che involgono la manifestazione di un punto di vista, di un giudizio e che pertanto non consistono nella mera narrazione dei fatti. La condotta deve pertanto sostanziarsi in un atto comunicativo, in quanto ad essere oggetto dell'incriminazione è proprio il fatto in sé della comunicazione di un'opinione o di un giudizio di valore¹⁶⁶, a prescindere da quali siano il tipo di condotta, le modalità espressive utilizzate e da ogni ulteriore proiezione esterna della condotta espressiva. Vi è poi un'ulteriore "somiglianza di famiglia" propria dei reati di opinione: le incriminazioni in questione sono ascrivibili tra le restrizioni "content-based", e non "content-neutral", della comunicazione del pensiero¹⁶⁷. In altre parole, i reati di opinione sono volti a limitare la divulgazione del pensiero stesso in base al suo contenuto specifico, prescindendo dal trattare tutte le manifestazioni di stampo ideologico allo stesso modo. Stella polare dell'incriminazione è infatti la volontà di reprimere l'espressione, la diffusione e la comunicazione di *determinati* contenuti di pensiero - in particolare opinioni - in determinate circostanze. Infine, l'ultimo elemento di comunanza ascrivibile ai reati di opinione è da rinvenirsi nel bene giuridico tutelato; tutte le fattispecie più sopra ricordate sarebbero infatti progettate per proteggere valori morali o sentimenti che però non sono individuali, bensì sovra-individuali, collettivi o diffusi. Ci si riferisce cioè a valori morali che appartengono ad un insieme indeterminato di soggetti o all'intera collettività dei consociati, considerata come un'entità astratta e distinta dai singoli individui che la animano. Alla luce del criterio classificatorio appena enucleato, si può pertanto parlare di delitto di opinione quando "una determinata norma incrimina un certo fatto in quanto espressivo di un contro-valore rispetto ad un valore morale sovraindividuale, od anche in quanto turbativo di una sensibilità sovra-individuale rispetto ad un valore morale"¹⁶⁸.

¹⁶⁵ In tal senso MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale I: delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, Padova, 2016, pg.201.

¹⁶⁶ In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.692.

¹⁶⁷ A tal proposito "The Distinction between Content-Based vs Content-Neutral Laws", Search Casebooks, William M. Carter Jr. Negli stessi termini anche SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.693:"(...)il divieto di porre in essere, in certe circostanze, un certo atto linguistico (o, comunque, comunicativo), non è infatti indipendente, nel caso dei reati di opinione, dal tipo di messaggio comunicato".

¹⁶⁸ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.695.

Questa classificazione, benché consenta di circoscrivere compiutamente le caratteristiche e le criticità proprie della categoria giuridica in esame, sembra però escludere le fattispecie di istigazione e diffamazione dall'alveo dei delitti ideologici. Se tale conclusione è da ritenersi condivisibile per quanto attiene al reato di diffamazione, in quanto orientato a tutelare valori squisitamente individuali, non può però dirsi lo stesso per quanto attiene alla condotta istigatoria.

Ed ecco che in sede dottrinale è stata avanzata una diversa proposta classificatoria in materia¹⁶⁹, più carente nell'offrire una lettura maggiormente restrittiva dei reati di opinione, ma sicuramente in grado di determinare una disamina maggiormente sistematica degli stessi. Si fa riferimento ad un diverso criterio classificatorio che, facendo leva sull'indagine storica e non più sul bene giuridico tutelato, suddivide la categoria giuridica dei delitti di opinione in due grandi gruppi distinti: i reati di offesa - in cui vanno ricompresi i reati di offesa in senso stretto e le fattispecie di vilipendio - e i reati di provocazione, nel cui insieme vanno invece ricondotte le ipotesi di apologia, istigazione e propaganda. Sulle peculiarità di queste ultime fattispecie, la cui proliferazione è coincisa con le fasi dell'emergenza anarchica di fine anni '80 e con i provvedimenti "a difesa dello Stato" propri del ventennio fascista¹⁷⁰, occorre soffermarsi brevemente.

2.4.1 Istigazione, apologia e propaganda: brevi cenni sui "reati di provocazione".

Definiti i reati di opinione sulla base dei tratti comuni intercorrenti tra le diverse fattispecie criminose, è ora opportuno dedicare qualche considerazione ulteriore ad alcune ipotesi delittuose che, come detto, rientrano a pieno titolo nella categoria giuridica in esame. Si fa riferimento ai cd reati di provocazione, contemplanti le ipotesi di istigazione, apologia e propaganda.

Per quanto attiene all'istigazione, va innanzitutto rilevato l'assunto di carattere generale fatto proprio dall'articolo 115 c.p.¹⁷¹. Quest'ultimo, in ossequio al principio di offensività, precisa

¹⁶⁹ In questi termini STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica* cit., pg.157. Questo criterio classificatorio è fatto proprio anche da ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.101.

¹⁷⁰ ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.101 ss.

¹⁷¹ Art. 115 c.p. ("Accordo per commettere un reato. Istigazione"): "1. Salvo che la legge disponga altrimenti [270,271,304,305,306], qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo. 2. Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.[...]"

che l'istigazione a delinquere, se non viene accolta e seguita dall'effettiva commissione del reato, conduce alla non punibilità dell'istigato¹⁷². In altri termini, il disposto normativo in questione prescrive che nel caso in cui due o più persone si accordino al fine di commettere un reato, che però in concreto non viene commesso, nessuna di queste può essere punita per il mero fatto dell'accordo. Ebbene, proprio in deroga all'assunto appena riportato, nella parte speciale del nostro codice penale vi sono una pluralità di norme che incriminano l'istigazione rimasta "sterile"¹⁷³, tra cui vanno rammentati gli artt. 266, 302, 322, 414, 414-*bis*, 415 e 604-*bis* c.p. A questi si aggiungono peraltro le previsioni contemplate all'interno del codice penale militare e della legge del 9 ottobre 1967 n. 962, le quali trattano rispettivamente l'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi e l'istigazione ai delitti di genocidio.

Con l'introduzione di queste norme, nonostante la molteplicità di fattispecie e i sensibili distinguo intercorrenti tra le medesime, il legislatore fascista ha perseguito un obiettivo di politica criminale ben preciso, finalizzato ad una più spiccata tutela degli interessi pubblici ritenuti essenziali, penalizzando quelle condotte atte a provocare nella collettività inquietudine e allarme sociale¹⁷⁴. L'autonoma incriminazione della condotta istigatoria, comune alle fattispecie più sopra ricordate, fissa infatti la punibilità ad una soglia anticipata rispetto al tentativo, fornendo così una tutela più avanzata ai beni giuridici. Icastica, in tal senso, è la fattispecie di istigazione a delinquere ex art. 414 c.p., la quale rappresenta una delle norme più discusse in materia di delitti ideologici. La disposizione in questione è infatti caratterizzata dalla presenza di una clausola di indifferenza rispetto ai risultati della manifestazione istigativa, essendo l'autore punito "*per il solo fatto dell'istigazione*". Invero, la fattispecie *de quo* viene applicata anche nella misura in cui il reato o i reati istigati vengano in concreto posti in essere, nel qual caso, ove ricorrano i requisiti della compartecipazione morale con particolare riguardo al nesso di causalità, l'istigatore risponderà a titolo di pubblica istigazione e, in parallelo, anche di concorso nel reato istigato¹⁷⁵; non vi è pertanto alcun dubbio circa la configurabilità di entrambi i reati, attesa la diversità dei beni giuridici oggetto di tutela. Dal punto di vista squisitamente strutturale, l'articolo 414 c.p. è inoltre caratterizzato

¹⁷² In tal senso Diritto.it, Portale giuridico con la più recente giurisprudenza: "L'istigazione a delinquere".

¹⁷³ Si fa naturalmente riferimento all'ipotesi in cui la condotta istigatoria non venga in concreto seguita dalla commissione del reato.

¹⁷⁴ In tal senso Brocardi.it, Istigazione a delinquere (art. 414 c.p.).

¹⁷⁵ GARGANI A., *sub art. 414*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, pg.3050. In tal senso anche DE VERO G., (*voce*) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pg.293.

dalla presenza del requisito relativo alla pubblicità della condotta, di per sé bastevole nel prospettare l'eventualità di un turbamento della collettività e del sentire comune.

Il versante dottrinale è sostanzialmente unanime nel ricondurre al concetto di istigazione un'interpretazione di ampio respiro. Secondo la dottrina dominante, infatti, si può parlare di istigazione in senso primario e in senso secondario: l'istigatore, invero, non è soltanto colui che fa sorgere un proposito criminoso prima inesistente (istigazione primaria), ma è anche chi rafforza un proposito criminoso già esistente (istigazione secondaria). Una lettura, questa, che trova peraltro riscontro nel già citato articolo 115 c.p., dal quale si desume "l'idoneità dell'istigazione a comprendere ogni forma di partecipazione morale"¹⁷⁶. A garantire l'applicazione della norma in termini estensivi è anche la mancata puntualizzazione in ordine ai destinatari della condotta istigativa, aspetto funzionale alla definizione di un perimetro di penalizzazione pressoché illimitato, in piena assonanza con gli ideali di matrice autoritaria. In termini generali, l'istigazione può quindi essere definita come il comportamento diretto a influenzare il processo di formazione della volontà di un altro individuo. Ciò significa che la condotta istigatoria va ben oltre i confini tracciati dalla mera espressione di un pensiero, dovendo essere causalmente idonea ad incidere sulla sfera volitiva della persona coinvolta. Il comportamento istigatorio, pertanto, richiede un "*quid pluris*" rispetto alla semplice manifestazione del pensiero, dovendo assumere un'intensità tale da poter essere considerato un'azione a tutti gli effetti¹⁷⁷. Quanto appena enunciato, in termini conclusivi, implica che la condotta istigatoria non si limita alla mera espressione verbale di un'idea criminosa, bensì include azioni o comportamenti che incoraggiano o rafforzano l'intenzione di commettere un reato, sia nell'ipotesi in cui questa intenzione fosse in precedenza inesistente (istigazione primaria) o già presente (istigazione secondaria).

Nell'alveo delle condotte riconducibili ai reati di provocazione, occorre ora soffermarsi sul concetto di apologia, di più difficile inquadramento sul piano definitorio e interpretativo. Va preliminarmente sottolineato come il nostro codice penale individui nella condotta apologetica l'elemento costitutivo di tre distinte fattispecie (alle quali si è già fatta menzione): l'apologia di delitto, ex art. 414 comma 3 c.p., l'apologia del fascismo di cui alla legge n.645 del 1952 (la cd Legge Scelba) e l'apologia di genocidio ex art. 8 della legge n.962 del 1967¹⁷⁸.

¹⁷⁶ VIOLANTE L., *Istigazione (nozioni generali)*, in Enc. Dir., XXII, 1972, pg.988.

¹⁷⁷ In tal senso MANTOVANI F., *I reati di opinione* cit., pg.214.

¹⁷⁸ Art. 414 c.3: "Alla pena stabilita nel numero 1 soggiace anche chi pubblicamente [266] fa l'apologia di uno o più delitti. La pena prevista dal presente comma nonché dal primo e dal secondo comma è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici". Art. 4 L. 645/1952 ("Norme di attuazione della XII

In mancanza di un'espressa definizione normativa, sono stati molteplici gli sforzi di matrice dottrinale e giurisprudenziale volti a circoscrivere la nozione sul piano qualitativo e, in parallelo, a tracciare una linea di demarcazione con la fattispecie istigatoria. "Apologia" (dal greco apò-logos) significa "esposizione di ragioni a favore di una dottrina o di una persona confutando le critiche, e consiste nell'esaltazione (ex e altus) che significa levare in alto, accrescere, magnificare con lodi"¹⁷⁹; in termini giuridici, l'apologia deve pertanto essere intesa come l'approvazione, l'esaltazione o la lode di un reato o del suo autore, volta a consolidare l'adesione degli ascoltatori, senza coinvolgerli attivamente nella commissione del reato. La condotta apologetica, pertanto, è influenzante il mero intelletto degli individui e non necessariamente la loro *voluntas*¹⁸⁰. Proprio alla luce di quanto appena esposto, appare quindi evidente il distinguo – benché labile - intercorrente tra le diverse condotte di apologia e di istigazione: se la prima si limita infatti alla mera esaltazione di un fatto o di un autore criminale, la seconda richiede invece un pensiero più incisivo e diretto verso l'incitamento attivo alla commissione di un reato.

Tuttavia, si è riscontrata negli anni una sensibile divergenza sul piano ermeneutico tra la posizione assunta dalla Corte costituzionale e quella fatta propria dalla giurisprudenza ordinaria, soprattutto con riferimento all'interpretazione dell'articolo 414 del nostro codice penale, contemplante l'apologia di delitto. La Consulta, prendendo le distanze dalla prospettiva di cui sopra, ha infatti sostenuto (come peraltro si è già avuto modo di sottolineare) che la condotta apologetica penalmente rilevante è soltanto quella che, per le sue modalità, integra un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di reati. Una posizione, quest'ultima, che tende inevitabilmente ad equiparare l'apologia (configurata come "istigazione indiretta") alla condotta istigatrice, al punto che una cospicua

disposizione transitoria e finale - comma primo - della Costituzione):"1.Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguate le finalità indicate nell'art. 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila. 2.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 uno a due milioni". Art. 8 L.692/1967 (Prevenzione e repressione del delitto di genocidio):"1.Chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto dell'accordo, con la reclusione da 3 a 12 anni. 2.La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente".

¹⁷⁹ E' questa la definizione testuale riportata da LA CUTE G., (voce) Apologia e istigazione, in Enc. giur. Trec., Roma, 2007, pg.1.

¹⁸⁰ MANTOVANI F., *I reati di opinione* cit., pg.214.

porzione della più autorevole dottrina è arrivata a parlare di “*duplicato pedissequo*”¹⁸¹. Sebbene la Corte abbia così cercato di rendere compatibile la fattispecie di apologia con il principio di necessaria offensività del reato, attribuendo un peso significativo alla concreta idoneità a provocare la commissione di delitti, questa equiparazione ha reso difficile distinguere l'autonomia dell'apologia rispetto all'istigazione; invero, entrambe le condotte richiedono, ai fini della penalizzazione, un elemento di pericolosità concreta e non solo presunta, non essendo così più possibile definire una linea di distinguo in base alla diversa forma espressiva. Detto questo, è comunque importante rilevare come negli anni le applicazioni giurisprudenziali della fattispecie di apologia non si siano sempre uniformate al principio stabilito dalla Corte costituzionale.

La Cassazione ha infatti emesso sentenze che si sono discostate dall'interpretazione della Consulta, come nel caso del delitto di apologia di genocidio ex art. 8 della legge n.962 del 1967. Con la sentenza n.507 del 1985, la Suprema Corte ha infatti escluso che l'apologia di genocidio potesse essere interpretata alla stregua dei reati di apologia, ricostruendo la fattispecie *de quo* come reato di pura condotta, sanzionata per la sua intollerabile disumanità e l'odioso culto razziale che esprime, piuttosto che per un pericolo concreto di provocazione del genocidio. La Suprema Corte si è espressa similmente anche in altre occasioni, ritenendo sufficiente – ai fini dell'integrazione del delitto di apologia – la formulazione di un giudizio favorevole del fatto delittuoso¹⁸², ascrivendo così la condotta apologetica nell'alveo delle figure criminose con evento di pericolo presunto.

Volendo restringere il campo di osservazione alle questioni di più stretta attualità, va in ultimo ricordata l'interpretazione restrittiva - questa volta in aderenza con l'indirizzo proprio della Consulta – adottata proprio dalla Suprema Corte in occasione della nota vicenda giudiziaria che ha coinvolto otto militanti di estrema destra, condannati in Appello per aver riprodotto il saluto romano nel corso di una commemorazione tenutasi a Milano nel 2016, in

¹⁸¹ In tal senso TRUCCO C., *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, pg.739.

¹⁸² In tal senso Cass., 14 giugno 1994, in Riv. pen.,1995, pg.1085. In questa occasione, il delitto di apologia è stato ricompreso nell'alveo dei reati a pericolo presunto; la Suprema Corte, invero, ha ritenuto bastevole - ai fini dell'integrazione del delitto di apologia - la mera formulazione di un giudizio favorevole circa il fatto delittuoso.

ricordo di Sergio Ramelli¹⁸³. Con la sentenza n. 11576, pronunciata il 25 settembre 2020 e depositata il 25 marzo 2021, le Sezioni Unite hanno annullato con rinvio la condanna in Appello, riqualificando il fatto contestato come violazione dell'articolo 5 della Legge Scelba (rubricato "manifestazioni fasciste")¹⁸⁴. La Cassazione ha statuito che "la chiamata del presente" o "saluto romano", inteso quale rituale evocativo della gestualità propria del disciolto partito fascista, integra il delitto previsto nel disposto di cui sopra soltanto nella misura in cui, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, sia "*idoneo a integrare il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista*". Le condotte apologetiche di matrice fascista, alla luce della recente statuizione giurisprudenziale appena ricordata, possono quindi essere contestate solo in presenza di un pericolo concreto di riorganizzazione del partito fascista o del perseguimento di finalità antidemocratiche e discriminatorie.

Per concludere questa breve disamina relativa ai reati di provocazione, occorre ancora dedicare qualche considerazione conclusiva in merito al reato di propaganda. È innanzitutto opportuno rilevare, a tal proposito, come l'unica fattispecie rimasta nel nostro ordinamento sia oggi contemplata all'articolo 604-*bis* c.p., il quale penalizza la propaganda fondata sulla superiorità o sull'odio razziale, nonché l'istigazione e la propaganda di fatti o attività atte a provocare violenza per motivi etnici, razziali o religiosi¹⁸⁵. Presupposto del reato *de quo* è l'effettiva sussistenza di un'idea discriminatoria basata sulla presunta superiorità razziale o sull'odio etnico; affinché si possa configurare tale ipotesi delittuosa deve quindi essere dimostrato che il messaggio propagandistico promuova idee o dottrine che denigrano o disprezzano determinati gruppi sulla base della loro razza o etnia, avallando una presunta superiorità di un gruppo rispetto agli altri o, ipotesi ancora più riprovevole, incoraggiando l'odio verso un determinata comunità. Come asserito in sede giurisprudenziale¹⁸⁶, la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata a raccogliere adesioni e, in parallelo, ad influenzare il comportamento o la psicologia di un ampio pubblico. La

¹⁸³ Nel 2016 si è tenuta a Milano, città medaglia d'oro della Resistenza, il quarantottesimo anniversario dall'uccisione del militante appartenente al Fronte della Gioventù Sergio Ramelli, avvenuta nel lontano 1975. Manifestazione che ha inevitabilmente condotto alla puntuale reazione dell'Associazione nazionale dei partigiani, che ha commentato in questi termini: "Uno sfregio alla Costituzione e alla Memoria della Resistenza e delle vittime del fascismo, così come accadrà a Dongo il 7 maggio. Eppure continua a non essere vietato. Uno sfregio nello sfregio".

¹⁸⁴ Art.5 L.645/1952(Manifestazioni fasciste):"*Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione sino a 3 anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire*".

¹⁸⁵ La novella normativa del 2006, recependo peraltro un pregresso e già consolidato orientamento giurisprudenziale, ha infatti abrogato definitivamente l'ipotesi principale di propaganda sovversiva ex art. 272 c.p.

¹⁸⁶ In questi termini Sent. n.36906/2015, Cass., Sez. III.

discriminazione per motivi razziali o etnici, altra puntualizzazione della Suprema Corte, non è basata su semplici sentimenti di antipatia o dissenso nei confronti di persone di diverse razze, nazionalità o religioni; l'odio razziale o etnico, ai fini della rilevanza penale, deve infatti essere idoneo a generare un concreto pericolo di comportamenti discriminatori¹⁸⁷.

La dottrina maggioritaria rileva inoltre come la propaganda, consistente in un discorso finalizzato a raccogliere sostenitori e seguaci, resta un mero discorso fino al raggiungimento della soglia del penalmente rilevante, coincidente con l'istigazione¹⁸⁸. Ragionare in termini diversi, invero, condurrebbe alla punibilità di un puro reato di opinione, ipotesi del tutto collidente con i principi costituzionali che fanno da sfondo al diritto penale liberale.

2.5 Implicazione teoriche e profili di sostenibilità nella sistematica del reato.

Dalla disamina del profilo storico e delle diverse fattispecie appartenenti alla categoria giuridica dei reati di opinione, appena conclusa, si evince limpidamente come la discussione relativa ai confini tra la categoria giuridica *de quo* e la libertà di espressione risulti piuttosto complessa, postulando un approccio ponderato che tenga conto sia dei principi fondamentali del diritto penale che degli inviolabili principi costituzionali. Ciò che emerge è la sfida nel distinguere la legittima espressione di opinioni, giudizi di valore, idee da quelle azioni che, al contrario, si collocano nella sfera del penalmente rilevante. I principi di materialità e di offensività, di cui si è già avuto modo di parlare e che rappresentano i principi cardine del sistema penale moderno, sono certamente cruciali per poter davvero comprendere il *discrimen* tra pensiero e azione in materia di reati di opinione. Tuttavia, l'applicazione di questi principi può risultare complessa e talvolta controversa, specialmente in un contesto nel quale il confine tra l'espressione di un'opinione e un comportamento punito penalmente risulta "sfumato". Volendo andare più in profondità, il rischio maggiore è che possa venirsi a concretizzare – in materia di reati ideologici - un diritto penale d'autore, che non punisce per ciò che viene fatto, ma per chi lo fa e per ciò che si pensa¹⁸⁹. Ebbene, questo solleva inevitabilmente gravi preoccupazioni proprio in merito alla coerenza con i principi costituzionali, i quali dovrebbero anzitutto garantire la libertà di pensiero e di espressione. Ecco che appare quanto mai opportuno riesaminare le fattispecie dei reati di opinione alla luce

¹⁸⁷ Sent. n.36906/2015, Cass., Sez. III.

¹⁸⁸ In tal senso ALESIANI L., *Reati di opinione* cit., pg.275.

¹⁸⁹ In questi termini PELISSERO M., *La parola pericolosa: il confine incerto del controllo penale del dissenso*, 2015, pg.46.

della teoria generale del reato, con particolare riferimento al fatto tipico. Un approccio di questo tipo potrebbe infatti fornire una base solida per valutare se tali reati siano davvero in linea con i principi costituzionali e, in parallelo, se sia in concreto necessario apportare restrizioni o chiarimenti in materia, sempre con il fine ultimo di garantire un equilibrio appropriato tra la protezione dei diritti individuali e la tutela degli interessi legittimi della collettività, quali la pubblica sicurezza e la protezione da discorsi violenti e discriminatori.

2.5.1 Il tema della materialità della condotta.

Un primo profilo da affrontare, proprio al fine di “calare” i reati di opinione all’interno della teoria generale del reato, è sicuramente quello inerente alla materialità della condotta. E’ questione antica e assai dibattuta se il diritto penale debba considerare solo i comportamenti percepibili esternamente oppure possa avere ad oggetto anche i fatti meramente interni; in termini giuridici, si fa riferimento alla contrapposizione tra due principi distinti: il principio di materialità e il principio di soggettività del reato. Il secondo, portavoce di un’interpretazione volta ad estendere l’ambito applicativo del diritto penale anche alla mera manifestazione di un pensiero o di un modo di essere, è sicuramente più controverso e inevitabilmente associato a regimi totalitari, dove il diritto penale è spesso utilizzato come strumento per sopprimere l’opposizione politica, e nei sistemi giuridici confessionali, nei quali la linea di separazione intercorrente tra crimine e peccato risulta piuttosto labile¹⁹⁰. In un sistema democratico quale il nostro, invero, la prospettiva “soggettivistica” non può ritenersi accettabile, in quanto metterebbe in discussione la base naturalistica del comportamento umano e, in parallelo, la capacità di valutare fatti concreti e osservabili nel mondo esterno. Talché, riprendendo autorevole dottrina, si può asserire come “il fatto materiale, ossia ciò che è effettivamente rilevabile nel mondo esterno, rappresenta la base prima e imprescindibile per giudicare il disvalore penale”¹⁹¹. Questo principio riflette l’idea - propria di un sistema democratico e liberale quale il nostro - che il diritto penale debba concentrarsi su quei comportamenti che causano danni effettivi o che violano i diritti altrui, anziché sulle intenzioni o sui meri pensieri interiori dell’individuo. Proprio in tal senso va letta la già menzionata massima ulpiana

¹⁹⁰ Poiché le leggi penali riflettono i principi morali o religiosi predominanti nella società. In questi contesti, alcuni comportamenti considerati peccaminosi o moralmente riprovevoli possono essere criminalizzati, anche se non implicanti necessariamente danni materiali o lesivi. Ciò può condurre ad una sovrapposizione tra il diritto penale e la sfera religiosa o morale, con la conseguenza che alcuni comportamenti vengano puniti non tanto per il loro impatto sociale, quanto per la loro contrarietà a determinati valori etici o religiosi.

¹⁹¹ MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007, pg.49.

“*cogitationis poenam nemo patitur*” (“nessuno può subire una pena per i suoi pensieri”), la quale sottolinea l'importanza di limitare l'intervento dello Stato alla sfera esterna dell'individuo, evitando così intrusioni nella sua sfera mentale o spirituale.

Ed ecco che, alla luce delle considerazioni appena riportate, al principio di soggettività debba sicuramente essere preferito il principio di materialità del fatto, cardine primario di un sistema penale costituzionalmente orientato; solo affidandosi a quest'ultimo, invero, risulta possibile garantire la certezza del diritto e la protezione dei diritti individuali all'interno di un sistema giuridico quale il nostro. L'art. 25 secondo comma della Carta costituzionale¹⁹², almeno secondo l'impostazione della dottrina prevalente¹⁹³, può essere considerato come la vera e propria base normativa del principio in esame, in quanto fa riferimento proprio al “*fatto commesso*” quale fondamento della responsabilità penale. In forza di tale disposto, pertanto, le sanzioni penali devono basarsi esclusivamente su quei fatti aventi un effettivo riscontro nella realtà fenomenica e non su concetti o situazioni non verificabili concretamente. Va comunque rilevato che per dirsi sussistente la materialità del fatto non risulta indispensabile la realizzazione dell'evento materiale, essendo sufficiente che si verifichi l'azione o un inizio della medesima, che dimostri l'intenzione dell'agente di commettere un reato (ad esempio, se un furto viene interrotto prima che il ladro porti via la merce)¹⁹⁴.

Fatte queste dovute premesse, è ora opportuno riprendere il fulcro del discorso, avanzando qualche considerazione ulteriore in merito alla natura dei reati di opinione, con particolare riferimento alla loro relazione con il principio di materialità proprio del diritto penale. In *primis*, va anzitutto rilevato come l'espressione di un pensiero possa essere ricompresa, senza alcuna riserva, nell'alveo dei fatti materiali, in quanto si manifesta, si estrinseca attraverso il comportamento dell'individuo. Come riportato da autorevole dottrina, “in relazione ai reati di pensiero non si incrimina il puro atteggiamento interiore, ma la sua manifestazione esterna, che costituisce pur sempre condotta”¹⁹⁵. Tuttavia, la complessità risiede nella valutazione della colpevolezza e del disvalore penale associato a questa manifestazione. Il tratto caratteristico dei reati di opinione, invero, è che in quest'ultimi si riscontra una contaminazione soggettivistica della fattispecie oggettiva, poiché il disvalore

¹⁹² Art. 25 c.2 Cost: “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*”

¹⁹³ In tal senso MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale* cit., p.119. Negli stessi termini anche CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, vol. II, UTET Giuridica, Torino, 2013, pg.5.

¹⁹⁴ In tal senso va letta la classificazione tra reati di evento, reati di pura condotta e reati di tentativo o attentato.

¹⁹⁵ In questi termini SPASARI M., *Condotta (dir.pen.)*, in Enc. dir., VIII, 1961, pg.838.

penale non è determinato dalla manifestazione del pensiero, bensì dall'intenzione o dagli obiettivi mirati dall'agente¹⁹⁶.

Proprio alla luce di questa pregnante soggettività¹⁹⁷ che connota i reati di opinione, la valutazione circa la compatibilità dei medesimi con il principio di materialità potrà assumere contorni diversi, in quanto diverse sono le teorie riconducibili al fatto tipico. Prendendo anzitutto in considerazione la teoria del reato avanzata dal noto giurista tedesco Ernst Beling¹⁹⁸, il reato medesimo andrebbe distinto in due componenti: il "*Tatbestand*" (fatto tipico) e l'"*Rechtswidrigkeit und Schuld*" (antigiuridicità e colpa). Secondo la teoria in esame, il *Tatbestand* include solo gli elementi materiali del reato (la condotta, il nesso causale e l'evento dannoso), escludendo per converso gli elementi soggettivi, quali il dolo e la colpa. Risulta del tutto evidente come questa scuola di pensiero ponga l'accento sulla valutazione oggettiva degli elementi esterni del reato, piuttosto che sull'intenzione o sulla colpa dell'agente; Beling, infatti, riteneva che il diritto penale dovesse concentrarsi sulla protezione della società e dei suoi valori, piuttosto che sulla punizione degli autori basata sulle loro intenzioni o motivazioni soggettive. Aderendo alla prospettiva belliniana del fatto tipico, volta a tracciare una netta linea di demarcazione tra elementi oggettivi ed elementi soggettivi, risulta pertanto difficile collocare i reati di opinione in linea di conformità con il principio di materialità della condotta¹⁹⁹.

Abbracciando la teoria finalistica del reato, al contrario, si addiende ad una conclusione completamente diversa; quest'ultima, infatti, si discosta dalla teoria oggettiva avanzata da Beling, in quanto considera le finalità o gli obiettivi perseguiti dall'agente quali parti integranti del fatto tipico. In virtù di ciò, le componenti soggettive – come il dolo e la colpa – non sono considerate quali meri elementi della colpevolezza, ma contribuiscono anche alla tipicità del fatto. Secondo la teoria finalistica, in altri termini, il disvalore penale non è quindi determinato esclusivamente dalla manifestazione esterna del comportamento, ma anche

¹⁹⁶ MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, pg. 56 ss.

¹⁹⁷ Sono infatti molteplici le voci in dottrina che, con riferimento ai reati di opinione, parlano di "reati soggettivamente pregnanti".

¹⁹⁸ Ernst Beling è stato un giurista tedesco nato il 22 agosto 1872 a Schönfeld, nella provincia di Slesia ed è noto principalmente per il suo contributo alla teoria del reato. La teoria oggettiva del reato avanzata da Beling ha avuto un'influenza decisiva sulla dottrina del diritto penale e ha suscitato ampio dibattito e critica nel corso dei decenni. Sebbene alcune delle sue idee siano state oggetto di contestazione, il suo lavoro ha contribuito in modo significativo alla comprensione del concetto di reato nel contesto del diritto penale tedesco e internazionale.

¹⁹⁹ Atteso che la manifestazione di un'opinione non implica obbligatoriamente un'azione fisica o un risultato dannoso.

dall'intenzione o dall'obiettivo che l'agente cerca di realizzare ponendo in essere la condotta. In via conclusiva, si può asserire come l'ordinamento giuridico, benché tenda generalmente verso una nozione oggettivistica del reato, che si concentra sui fatti piuttosto che sulla pericolosità dell'autore, non esclude necessariamente gli elementi soggettivi nel processo di valutazione del disvalore penale, i quali non possono essere ignorati. Sebbene l'accento possa essere posto sulla condotta esterna e sui suoi effetti, è capitale riconoscere che le intenzioni, le motivazioni e le finalità dell'agente possono influenzare significativamente la valutazione del reato; sicché, nella considerazione complessiva di un comportamento penalmente rilevante, sia gli elementi oggettivi che quelli soggettivi possono contribuire alla caratterizzazione del disvalore penale e alla determinazione della responsabilità penale dell'individuo. Caratterizzazione in senso soggettivo che - va sottolineato - non è circoscritta ai soli reati di opinione, in quanto si applica anche ad altri tipi di reati, tra i quali vanno sicuramente menzionati i reati a dolo specifico. Con riferimento ai medesimi, infatti, la specifica volontà del colpevole di compiere un determinato atto o di raggiungere un certo risultato è essenziale per stabilire la colpevolezza²⁰⁰.

2.5.2 Il difetto di determinatezza e di offensività dei reati di opinione.

Le fattispecie dei reati di opinione, ulteriore nodo problematico ascrivibile alla categoria giuridica, sono generalmente affette da indeterminatezza. Questo assunto conduce inevitabilmente a conseguenze significative sul principio di legalità²⁰¹, il quale richiede al legislatore di definire ogni singola fattispecie delittuosa in modo puntuale e preciso, al fine di garantire ai cittadini la possibilità di conoscere in misura adeguata quali siano – o meno - i comportamenti penalmente rilevanti. Volendo addentrarsi più nel merito della questione, si può asserire come le figure ascrivibili all'insieme dei reati d'opinione siano in realtà affette da due tipi di indeterminatezza²⁰².

²⁰⁰ Ad esempio, nel caso dell'appropriazione indebita, il reato si verifica quando una persona agisce con l'intenzione specifica di appropriarsi indebitamente di un bene di cui non ha diritto di proprietà. Qui, la specifica volontà dell'agente di compiere l'appropriazione indebita è fondamentale per determinare la colpevolezza.

²⁰¹ Come ricordato da VASSALLI G., (voce) *Tipicità (diritto penale)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, pg.541, Il principio di determinatezza coincide con l' "onere del legislatore di determinare, in ossequio all'art. 25 co. 2 Cost., ogni figura di reato con connotati precisi".

²⁰² SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.697.

In primo luogo, la formulazione di tali reati è spesso troppo generica e imperniata su condotte illecite descritte in modo vago, utilizzando locuzioni eccessivamente telegrafiche come "vilipendere", "fare l'apologia", "fare propaganda"; si fa quindi riferimento ad espressioni comuni, manchevoli di una chiara definizione all'interno del contesto giuridico. Un esempio emblematico, a sostegno di quanto appena asserito, è sicuramente il reato di vilipendio. La nozione stessa di "vilipendio", invero, è caratterizzata da una significativa vaghezza di contenuto, la quale ha inevitabilmente complicato il lavoro degli studiosi nel definire con precisione la figura in esame e, rilievo ancor più significativo, ha ineluttabilmente garantito un'ampia discrezionalità in sede giurisprudenziale nell'identificare le condotte punibili²⁰³. Vilipendere, in effetti, viene comunemente inteso come manifestazione di disprezzo per qualcosa o qualcuno, ma non designa una condotta specifica; è piuttosto un concetto astratto, che può essere espresso in molteplici modi, sia verbalmente che attraverso azioni o comportamenti.

Sempre sul tema, si può inoltre rammentare l'articolo 415 c.p. ("*Istigazione a disobbedire alle leggi*")²⁰⁴, nel quale il rimando ai termini "odio" e "classi sociali", utilizzati per delineare la fattispecie, lungi dal fornire una circoscrizione precisa delle condotte perseguibili penalmente, lasciando spazio ad interpretazioni varie e non esaustive²⁰⁵.

Come sottolineato in sede dottrinale, vi è però un problema ulteriore. Le fattispecie incriminatrici dei reati d'opinione sono altresì affette da un "feed-back di indeterminatezza": una indeterminatezza indotta, cioè, dalle incertezze circa il reale contenuto offensivo della condotta incriminata²⁰⁶. Come menzionato, le norme che puniscono questi reati utilizzano spesso volte espressioni di sintesi come "pubblicamente vilipendere", "fare l'apologia", "fare propaganda", le quali sono intrinsecamente vaghe e generiche. Ebbene, queste espressioni hanno un nucleo centrale di applicazione chiara e incontestata, dove risulta del tutto evidente quando una condotta rientri nel concetto espresso dalla norma. Tuttavia, al di fuori di questi "casi facili", esiste un'area grigia abitata da condotte ben più difficili da valutare: casi nei quali è più complicato giudicare se siano, o meno, riconducibili al concetto (di vilipendio, di apologia, di propaganda) e quindi alla fattispecie²⁰⁷. Si fa riferimento a quelle ipotesi in cui,

²⁰³ Tutto questo ha ovviamente condotto ad una certa irrisolutezza e variabilità nelle decisioni giudiziarie.

²⁰⁴ Art. 415 c.p.: "*Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque*".

²⁰⁵ Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto l'indeterminatezza di tali disposizioni, specialmente quando non specificano in modo chiaro le modalità di attuazione dell'istigazione.

²⁰⁶ In tal senso SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.699.

²⁰⁷ SPENA A., *Libertà di espressione* cit., pg.699.

ad esempio, una condotta potrebbe essere irrispettosa ma non indispensabilmente vilipendiante in modo evidente, o dove un'apologia potrebbe essere implicita o surrettizia.

In sintesi, si può quindi asserire come l'indeterminatezza delle norme riguardanti i reati d'opinione renda difficile definire se una condotta specifica sia effettivamente punibile, soprattutto nei casi più complessi, in cui non è chiaro quale sia il bene protetto dalla norma medesima. Questo nodo problematico conduce ad una sorta di circolo vizioso, in cui l'incertezza sulla condotta incriminata alimenta, di riflesso, l'incertezza sulla norma, rendendo così ardua l'applicazione coerente della legge.

Residua ancora un ultimo profilo da tratteggiare con riferimento ai reati di opinione e al loro complesso rapporto dialettico con la sistematica del reato. Va a tal proposito ricordato che il nostro ordinamento giuridico è ispirato alla concezione di un diritto penale del fatto: affinché un dato comportamento possa essere considerato reato, invero, non è sufficiente la sua materialità, bensì è necessario che lo stesso causi un'offesa, intesa come lesione o messa in pericolo di un bene giuridico. Questo postulato è conosciuto come principio di offensività e completa il principio di materialità, di cui si è già discusso in precedenza. Se, come si è accuratamente rilevato, il secondo impedisce che siano incriminate quelle condotte consistenti in meri stati psichici (senza conseguenze esterne), il principio di offensività garantisce contro le incriminazioni di mera disobbedienza ad un comando statale²⁰⁸, limitando l'applicabilità estensiva del diritto penale a quelle condotte che effettivamente ledono o mettono in pericolo beni giuridici rilevanti. In altre parole, il principio di offensività - fatto proprio dal nostro ordinamento - rappresenta un ulteriore rifiuto all'ideale di un diritto penale soggettivistico o meramente preventivo, ricomprendendo all'interno del fatto tipico, inteso come comportamento materiale, anche l'offesa ad un bene giuridico.

Affinché un'azione sia considerata un reato, non è pertanto sufficiente accertare la semplice violazione formale di una norma, ma è necessario che tale violazione arrechi un'effettiva offesa a un bene giuridico protetto. In questo modo, viene offerta al cittadino una duplice garanzia: non solo di non essere punito per una mera disobbedienza formale, ma neanche per la mera pericolosità sociale²⁰⁹. In buona sostanza, ad essersi affermata nel nostro ordinamento è la cd concezione realistica del reato come fatto offensivo tipico, antitetica rispetto alla concezione sostanzialista del reato come fatto socialmente pericoloso. Ebbene, La Corte

²⁰⁸ In questi termini FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2023, pg.3.

²⁰⁹ Questa è la c.d. concezione realistica del reato come fatto offensivo tipico contrapposta alla concezione sostanzialistica del reato come fatto socialmente pericoloso.

costituzionale ha ribadito con forza questo principio, definendo l'offensività come "*essenza qualificativa della fattispecie tipica*"²¹⁰. La Corte, con la sentenza n.132/1986, ha infatti precisato che la norma incriminatrice deve essere formulata in modo tale che il fatto incriminato sia effettivamente offensivo per gli interessi specifici tutelati dalla norma stessa, sottolineando, in parallelo, come spetti al giudice determinare in concreto se il comportamento superi o meno la soglia dell'offensività dei beni in discussione. Senza offesa, ha dunque rimarcato la Consulta, non c'è tipicità²¹¹.

La concezione realistica del reato solleva inevitabilmente molteplici perplessità sull'effettiva offensività dei reati di opinione. Questi reati, invero, enfatizzando il disvalore dell'azione e minimizzando quello dell'evento, possono far retrocedere la soglia punibilità ad un momento eccessivamente precoce rispetto al pericolo per il bene protetto; il rischio concreto, in altri termini, è quello di punire per mera disobbedienza formale. Un esempio emblematico di ciò è la locuzione "per il solo fatto dell'istigazione" contemplata all'art.414 del codice penale italiano. In questo caso, infatti, il legislatore considera pericolosa l'azione di istigare, anche in assenza della concreta realizzazione di un pericolo, semplicemente perché reputa l'azione stessa pericolosa. Questo approccio ha spinto parte della più autorevole dottrina a parlare, in riferimento ai reati di opinione, di "reati senza offesa" o "reati di scopo", nei quali non si punisce l'offesa ad un bene giuridico, ma piuttosto l'interesse dello Stato a prevenire determinate situazioni.

Ebbene, come si è già avuto modo di evidenziare nella trattazione di carattere storico, con riferimento ai delitti ideologici la Corte costituzionale ha adottato un approccio volto a valorizzare l'offensività degli stessi, mediante l'inserimento, in via del tutto interpretativa, del concetto di pericolo concreto, "salvando" così le singole fattispecie da una possibile (e assai discussa) incompatibilità con il quadro normativo. In altri termini, la Consulta ha asserito che il mero pericolo presunto non può in alcun modo ritenersi adeguato per avallare restrizioni ai diritti fondamentali, quali la libertà di espressione e di opinione. Perché un'azione possa configurare un reato di opinione, deve quindi esserci la prova di un pericolo effettivo e tangibile per il bene tutelato dalla norma. In sede giurisprudenziale, in questo modo, si è

²¹⁰ Si veda in tal proposito la sentenza n.132/1986.

²¹¹ Il principio di offensività viene in questo modo incorporato all'interno del più ampio principio di legalità. Alla luce di quanto detto, l'offesa diventa un elemento costitutivo del reato e, come tale, il giudice deve accertarne l'esistenza in concreto, al pari degli altri elementi strutturali del reato. Questo approccio assicura che la punibilità sia basata su una valutazione ponderata e completa delle circostanze del caso, assicurando che nessuno venga punito per un'azione che non ha arrecato un danno o un pericolo effettivo ai beni giuridici "custoditi" dalla legge.

tentato di recuperare l'offensività, o più precisamente il disvalore dell'evento, immettendo il requisito dell'idoneità della condotta. Affinché un'azione istigatoria, apologetica o propagandistica possa davvero essere ricompresa nel perimetro di rilevanza penale, deve pertanto essere idonea a costituire un antecedente di un fatto valutato negativamente dall'ordinamento giuridico²¹².

Questo approccio, per concludere, mira a ricercare un giusto punto di equilibrio tra la necessità di proteggere la libertà di espressione, diritto inviolabile e il più possibile da salvaguardare, con la tutela di altri beni giuridici, ritenuti anch'essi di capitale importanza per la società e per il mantenimento dello *status quo* democratico. L'immissione di un ulteriore requisito, come quello dell'idoneità della condotta, tende proprio ad evitare abusi nell'applicazione delle norme contemplanti i cd reati di opinione, assicurando che la penalizzazione sia opportunamente limitata a quelle condotte che sono effettivamente in grado di rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico e per gli altri beni giuridici costituzionalmente rilevanti.

²¹² In questi termini ALESANI L., *I reati di opinione* cit., pg.194 ss.

CAPITOLO III – QUANDO L’ODIO DIVENTA REATO: DALLA CRIMINALIZZAZIONE DELL’*HATE SPEECH* AL REATO DI NEGAZIONISMO.

3.1 Il fenomeno dell’*hate speech*: inquadramento.

Si è finora preso atto della difficoltà nel definire opportunamente i limiti entro cui un individuo può esercitare la propria libertà di espressione. Un esercizio piuttosto complesso, da condurre all’interno di una materia nella quale si scontrano “sfere” distinte ma profondamente interconnesse, quali la morale, la sociologia, la filosofia, la politica e il diritto. Se è vero che, dal punto di vista giuridico, sono molteplici le previsioni normative volte a tutelare il diritto del singolo individuo ad esprimere liberamente il proprio pensiero e a ricevere informazioni e idee provenienti dal mondo esterno, si è sottolineato come il diritto in questione lungi dal poter essere considerato illimitato. Anche tale libertà, invero, incontra limitazioni e restrizioni legate, essenzialmente, alla necessità di tutelare il rispetto dei diritti o della reputazione altrui²¹³.

La tematica relativa ai discorsi d’odio (cd “*hate speech*”), sempre più centrale nel dibattito politico e giuridico contemporaneo, si inserisce proprio all’interno di questo contesto, rappresentando da sempre un banco di prova privilegiato nello studio sui limiti alla libertà di espressione, con particolare riguardo a quello relativo al rispetto della dignità dell’individuo²¹⁴.

Lo studio dell’*hate speech*, espressione con la quale si individua la diffusione di discorsi penalmente rilevanti che incitano all’odio o alla violenza contro determinati gruppi o individui sulla base delle caratteristiche specifiche di razza, etnia, religione, orientamento sessuale o genere, si confronta ineluttabilmente con il diritto di cui all’art.21 Cost., imponendo la protezione della collettività da discriminazioni, violenze e abusi. Similmente a quanto si è detto in relazione ai reati di opinione, anche con riguardo ai discorsi d’odio la sfida consiste nel trovare un giusto equilibrio tra la protezione dei diritti delle vittime e il diritto alla libertà di espressione; le leggi volte a disciplinare la materia, invero, devono essere redatte in modo da garantire un’efficace tutela ai singoli, senza però condurre all’oppressione del dibattito pubblico legittimo o della critica costruttiva. A risultare anche qui essenziale, in

²¹³ V. *infra* cap. I par. 5.

²¹⁴ Così POLLICINO O., DE GREGORIO G., *Hate speech: una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, pg.421 e ss.

altri termini, è che le restrizioni alla libertà di parola siano proporzionate e necessarie al contesto specifico, prendendo così le distanze da potenziali eccessi in grado di legittimare la censura ingiustificata e, ancor più grave, la coercizione delle mere opinioni dissidenti.

Secondo uno studio condotto nel 2020 per il Parlamento europeo e uno del 2021 per la Commissione europea²¹⁵, il fenomeno ascrivibile ai discorsi e ai crimini d'odio è in continua espansione nell'Unione Europea. Ebbene, questa diffusione a macchia d'olio può essere spiegata anche e soprattutto alla luce delle recenti innovazioni tecnologiche: il mondo del web, invero, rappresenta senza alcun dubbio un terreno fertile per l'espansione della discriminazione attraverso l'*hate speech*. Come si avrà modo di sottolineare nel proseguo della trattazione, *Internet* mette infatti a disposizione degli utenti un'ampia piattaforma per la diffusione rapida e virale di messaggi di odio e discriminazione, grazie al suo ampio raggio d'azione e alla facilità con cui le stesse informazioni possono essere diffuse e condivise online. L'avvento del mondo digitale - con particolare riferimento ai mezzi di comunicazione - ha pertanto amplificato gli effetti nocivi dell'*hate speech*, contribuendo all'inevitabile rafforzamento delle opinioni estremiste.

3.2 Il “genus”: Specificità e tentativi definatori dei crimini d'odio (“*hate crimes*”).

Per poter compiutamente approfondire il tema relativo alla disciplina e alla rilevanza penale dei discorsi d'odio, risulta anzitutto essenziale definire la nozione in questione e, ancor prima, quella più ampia di "crimine d'odio", sussistendo tra i due concetti un rapporto di *genus a species*²¹⁶. Le caratteristiche proprie della fattispecie oggetto del nostro studio non sarebbero, infatti, comprensibili se venisse omissa un inquadramento introduttivo della categoria più generale di appartenenza, rispetto alla quale quella dei discorsi d'odio presenta molteplici

²¹⁵ DIOUF A., *Dall'hate speech alla comunicazione non violenta*, 2024. Il rapporto della Commissione fa riferimento a vari esempi di discriminazione, offrendo alcune statistiche significative. Ad esempio, il 63% delle ragazze intervistate ha subito molestie online, mentre il 38% delle persone con disabilità ha subito discorsi d'odio nell'anno precedente, con il 17% di esse vittime di violenza fisica, rispetto all'8% delle persone senza disabilità. Il rapporto sottolinea inoltre come questi fenomeni siano legati a doppio filo all'aumento della migrazione, alle crisi economiche e sociali, alla diffusione di teorie cospirative e disinformazione, nonché all'uso sempre più diffuso di Internet e dei social media. La pandemia, in ultimo, ha ulteriormente contribuito a peggiorare la situazione, portando ad un aumento dei discorsi e dei crimini d'odio a causa dell'insicurezza economica e sociale che la stessa ha generato.

²¹⁶ Il discorso d'odio rappresenta una manifestazione specifica del crimine d'odio. Da qui l'utilizzo dell'espressione “*genus*” a “*species*”. In questi termini anche D'AMICO L., *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *La legislazione penale*, 2020, pg.6.

punti di contatto, ma anche profili di rimarchevole differenza. Senza questa parentesi preventiva, invero, potrebbe risultare difficile operare un distinguo tra discorsi d'odio e altri tipi di espressione protetti dalla libertà di parola, come la critica politica o sociale. Ciò potrebbe condurre ad un'applicazione incoerente della legge e ad esplicite violazioni della libertà di espressione. La preliminare trattazione degli *hate crimes*, quale categoria comprensiva dei discorsi d'odio, permette altresì di comprendere e approfondire le cause che fanno da sfondo ai medesimi e, in parallelo, di sviluppare strategie efficaci per affrontare e, per quanto possibile, prevenire questo fenomeno dilagante.

Secondo la definizione dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE)²¹⁷, alla categoria dei crimini d'odio vanno ricondotti tutti quegli atti criminali (*criminal offence*) commessi con un motivo di pregiudizio, noto come "*bias motive*". Il motivo che fa da sfondo alla commissione di una determinata azione criminale, alla luce di questa definizione, assurge così ad elemento fondamentale per determinare se una condotta possa effettivamente essere ricompresa nell'alveo dei crimini d'odio o dei meri reati comuni²¹⁸. Alla luce di questa proposta definitoria, possono essere individuati due distinti presupposti che fanno da sfondo agli *hate crimes*. In primo luogo, la condotta materiale deve essere suscumbibile in una disposizione generale ed astratta dell'ordinamento giuridico di riferimento che definisce un'ipotesi di reato. In termini semplicistici, l'azione compiuta dall'autore del reato deve dunque corrispondere ad una delle ipotesi delittuose previste dalla legge²¹⁹.

In seconda istanza, la condotta deve essere supportata da un particolare motivo di pregiudizio, definito per l'appunto come "*bias motive*". Questo significa che il soggetto agente pone in essere l'azione criminosa ai danni di una o più persone a causa di un sentimento di ostilità, determinato dal fatto che quelle stesse persone condividono una cosiddetta caratteristica protetta, quale può essere la razza, la religione, la lingua, l'etnia o la nazionalità di appartenenza. Ad esempio, se un individuo aggredisce qualcuno solo in quanto appartenente

²¹⁷ L'OCSE è un'Organizzazione internazionale di studi economici per i Paesi membri che ne fanno parte. L'Organizzazione svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva che consente un'occasione di raffronto tra le esperienze politiche, per la risoluzione delle problematiche comuni, l'individuazione di pratiche commerciali ed il coordinamento delle politiche locali ed internazionali dei singoli Paesi membri. L'OCSE ha sede a Parigi e conta ad oggi 36 Stati membri, aventi in comune un sistema di governo di tipo democratico e un'economia di mercato.

²¹⁸ In questi termini CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato. Caratteristiche e normativa di contrasto degli hate crimes*, 2020, 4, in www.interno.gov.it. Negli stessi termini l'FBI: «*Hate crimes are not separate, distinct crime, but rather traditional offence motivated by the offender's bias*».

²¹⁹ A titolo esemplificativo, l'omicidio, le lesioni personali e le minacce possono costituire la base materiale per un crimine d'odio se soddisfano anche il secondo presupposto.

ad una certa razza o religione, questa azione, secondo i parametri dell'OCSE, andrebbe ricompresa nell'alveo degli *hate crimes*. All'opposto, se la stessa aggressione venisse posta in essere per motivi che prescindono da un particolare pregiudizio, come una lite o una mera disputa personale, allora in quel caso la condotta andrebbe considerata alla stregua di un semplice reato comune.

Sempre in relazione alle linee guida fornite dall'OCSE, si possono però individuare altri tratti peculiari alla categoria giuridica *de quo*. In *primis*, la vittima non viene mai scelta per chi è come individuo, bensì per ciò che rappresenta; questo significa che il crimine d'odio è sempre animato dall'appartenenza della vittima ad una certa categoria protetta e non dalla sua mera identità personale. Quanto appena detto conferisce al crimine medesimo un valore simbolico intrinseco²²⁰, che va ben oltre l'atto stesso e mira a trasmettere un messaggio ben più ampio. Coloro che commettono crimini d'odio, invero, ambiscono ad inviare un messaggio a tutti coloro che condividono la caratteristica protetta dalla vittima: che non sono benvenuti, che sono considerati "corpi estranei" alla società e, in quanto tali, esclusi dal godimento degli stessi diritti e libertà propri della maggioranza²²¹.

Come opportunamente rilevato in sede dottrinale, i cd *hate crimes* sono intrinsecamente *reati plurioffensivi*²²², in quanto produttivi di effetti dannosi su più livelli. Quando un crimine d'odio viene commesso, la vittima è per ovvie ragioni la prima ad essere colpita, in quanto scelta proprio a causa di una o più caratteristiche protette, delle quali si è appena detto; tuttavia, poiché queste caratteristiche definiscono anche un'identità condivisa per una data comunità, l'aggressione non si limita ai danni inflitti alla vittima singolarmente, ma colpisce indirettamente l'intero "gruppo di minoranza" di cui la stessa fa parte. In situazioni di estrema gravità, sempre nell'ottica di questa offensività "multi-livello", queste condotte possono addirittura minacciare la coesione sociale, mettendo a repentaglio l'ordine pubblico e la sicurezza²²³.

Conclusivamente, va quindi rilevato come i crimini d'odio non possano in alcun modo essere considerati "atomisticamente", quali azioni individuali isolate, in quanto riflettono una struttura sociale più ampia e profondamente radicata, basata su rapporti di vantaggio e

²²⁰ OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Varsavia, 2009, pg.17.

²²¹ Negando altresì, caso estremo, il loro diritto all'esistenza *tout court*.

²²² CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato* cit, pg.5 ss.

²²³ CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato* cit, pg.5 ss.

svantaggio storici²²⁴. Affrontare efficacemente i reati *de quo*, alla luce di quanto asserito, richiede pertanto una risposta penale adeguata, ma anche – elemento ulteriore del tutto imprescindibile - un impegno massivo nel combattere le cause profonde che fanno da sfondo al fenomeno discriminatorio e, in parallelo, nel promuovere gli ideali di tolleranza, di inclusione e di rispetto dei diritti umani universalmente riconosciuti.

3.2.1 Rilievi critici in materia di *hate crimes*: i fenomeni dell'*under-reporting* e dell'*under-recording* e il rischio di *escalation*.

Enucleati i tratti distintivi della categoria giuridica in esame, occorre ancora dedicare qualche breve osservazione ad alcuni importanti fenomeni circostanziali che in qualche modo connotano la materia stessa. L'osservatorio per la Sicurezza contro gli Atti Discriminatori (OSCAD)²²⁵ è un organismo istituito presso il Ministero dell'Interno italiano, il quale monitora e raccoglie dati sugli atti discriminatori e sui crimini d'odio in Italia. Si tratta pertanto di un'istituzione avente il compito precipuo di coordinare ed orientare le attività di raccolta dati e monitoraggio sull'incidenza degli *hate crimes* nel nostro Paese e, aspetto altrettanto rilevante, che svolge un ruolo capitale nel sensibilizzare l'opinione pubblica in materia, nel promuovere la prevenzione e la consapevolezza sui temi della discriminazione e dei crimini d'odio, nonché nel fornire sostegno e assistenza alle vittime di tali reati. Ebbene, lo stesso OSCAD mette in evidenza alcune specificità importanti dei crimini d'odio, concentrandosi principalmente su due fenomeni distinti che involgono la materia: *l'under-reporting* e *l'under-recording*²²⁶.

Con la prima espressione si fa riferimento alla tendenza delle vittime e dei testimoni di *hate crimes* a non denunciare i reati medesimi. Le ragioni che fanno da sfondo a questo censurabile, seppur comprensibile, atteggiamento di riluttanza sono sicuramente molteplici e vanno qui brevemente ricordate. In *primis*, alcune vittime potrebbero non rendersi conto o, ipotesi più diffusa nella prassi, rifiutare l'idea che l'azione violenta o discriminatoria sia stata

²²⁴ In tal senso PERRY B., *A Crime by Any Other Name: The Semantics of "Hate"*, in *Journal of Hate Studies*, 2006, pg.135.

²²⁵ Questo organismo è stato istituito proprio con il fine ultimo di agevolare i soggetti facenti parte di *gruppi minoritari* nel concreto godimento del diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge ed alla protezione contro le discriminazione. L'OSCAD, incardinato presso il Dipartimento della pubblica sicurezza, è composto da autorevoli e stimati rappresentanti della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri.

²²⁶ Sul tema viene offerta un'analisi dettagliata da CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato* cit., pg.4-5.

motivata da pregiudizi o odio nei loro confronti. In *secundis*, deve essere ricordata la mancanza di fiducia nelle forze dell'ordine: le vittime potrebbero infatti essere riluttanti nel denunciare i crimini d'odio percepiti se non si fidano delle autorità competenti o temono che la loro denuncia non verrà presa in carico dalle stesse con la dovuta serietà. Segnatamente per le vittime appartenenti alla comunità LGBTQI+ o ad altri gruppi "minoritari", la paura di essere identificati quali membri di tali gruppi potrebbe rappresentare un ulteriore deterrente alla denuncia, soprattutto se quest'ultima dovesse in qualche modo implicare la divulgazione di informazioni personali sensibili; le vittime, in ultimo, potrebbero altresì temere ritorsioni da parte degli aggressori o degli altri membri della comunità. Queste sono soltanto alcune delle ragioni alla base dell'*under-reporting*, tema assolutamente significativo e che spesso volte conduce ad una sottostima significativa dell'entità reale del fenomeno.

Con la seconda espressione si fa invece riferimento alla possibilità che le forze di polizia non riconoscano la matrice discriminatoria del reato, non orientando al meglio l'attività investigativa²²⁷. Anche in questo caso, le ragioni alla base del fenomeno di *under-recording* sono molteplici. Tra queste va anzitutto rammentato il mancato riconoscimento dei cosiddetti indicatori di pregiudizio, ovvero gli elementi indiziari che consentono di individuare la motivazione discriminatoria alla base del reato; le forze dell'ordine, invero, potrebbero non essere addestrate a riconoscere questi indicatori o – aspetto ancor più rilevante nella prassi - ad attribuire ai predetti la giusta importanza. Tra le cause del fenomeno deve poi essere fatta menzione alla carenza delle risorse necessarie per affrontare adeguatamente i crimini d'odio, inclusa la mancanza di personale, attrezzature o finanziamenti sufficienti per condurre indagini complete e approfondite. Infine, non si può tacere in relazione al rischio che gli operatori delle forze dell'ordine, anche se non apertamente, possano in concreto condividere gli stereotipi o i pregiudizi prevalenti nella società riguardo a determinati gruppi sociali²²⁸; quanto appena asserito potrebbe ineluttabilmente influenzare l'interpretazione e la gestione dei singoli casi, portando ad una sottovalutazione o minimizzazione della loro gravità.

Come già anticipato, è del tutto evidente come i diversi fenomeni dell'*under-reporting* e dell'*under-recording* abbiano un impatto significativo sull'affidabilità dei dati relativi all'ammontare e alla reale natura dei crimini d'odio, il che può condurre ad una percezione

²²⁷ In questi termini CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato* cit., pg.5.

²²⁸ In tal senso GOISIS L., *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto "altro" dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, pg.29. L'autore sottolinea come questa problematica non vada in alcun modo circoscritta alle forze dell'ordine, involgendo anche gli stessi organi giudicanti. Negli stessi termini anche FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, pg.112 ss.

distorta del problema e, di riflesso, limitare la capacità delle autorità competenti nello sviluppare politiche e strategie efficaci per contrastare la diffusione dei reati in questione. Sicché, è essenziale che le autorità medesime operino massivamente per affrontare questi risvolti problematici, implementando l'opera di sensibilizzazione sulle questioni appena esposte, fornendo formazione adeguata al personale delle forze dell'ordine e mettendo a disposizione le risorse sufficienti e necessarie per poter condurre indagini complete e approfondite in materia. Solo attraverso un approccio di questo tipo, completo e coordinato, sarà possibile ottenere una visione accurata e completa circa l'effettiva incidenza degli *hate crimes* sul territorio italiano, ponendo in parallelo le basi per il concreto sviluppo di risposte efficaci.

Sempre in relazione alle specificità dei crimini d'odio, va in ultimo dedicata qualche considerazione conclusiva in merito al rischio di *escalation* che accompagna questa particolare tipologia di reati. Più in profondità, questo rischio è alimentato dall'accettazione sociale della discriminazione contro determinati gruppi minoritari, un fenomeno noto come "normalizzazione dell'odio"²²⁹. Quando comportamenti discriminatori di bassa intensità vengono tollerati o minimizzati dalla collettività e dal sentire comune, possono essere interpretati quali mere battute o scherzi, anziché essere effettivamente riconosciuti come offensivi e dannosi. Ebbene, quest'opera di minimizzazione e di mancato riconoscimento dei comportamenti realmente discriminatori può condurre alla definizione di un perimetro "franco", ovvero di un terreno fertile all'interno del quale violenza e condotte d'odio possono alimentarsi.

La Piramide dell'odio²³⁰ (Anti-Defamation League), concetto che rappresenta a pieno la dinamica appena descritta, illustra proprio come i comportamenti basati sul pregiudizio possano progredire fino ad evolversi in crimini d'odio veri e propri. Partendo da stereotipi e semplici pregiudizi – i quali possono essere perpetrati attraverso commenti, battute o comportamenti apparentemente innocui - si può rapidamente passare a forme ben più lesive di discriminazione, quali il rifiuto di servizi o opportunità lavorative a individui appartenenti a gruppi minoritari, fino a culminare in atti di violenza fisica, vandalismo o minacce. Ecco che in dottrina si è a più riprese sottolineata l'importanza della prevenzione, rimarcando l'impellenza di affrontare e contrastare tempestivamente queste condotte discriminatorie, anche quando le stesse possono in prima battuta sembrare insignificanti o innocue.

²²⁹ CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l'odio diventa reato* cit., pg.5.

²³⁰ In tal senso *La Piramide dell'Odio, Commissione "Jo-Cox" su fenomeni di odio, intolleranza, xenofobia e razzismo*, Relazione finale, Camera.it, Pg.1-12.

3.3 I discorsi d’odio nel diritto sovranazionale: definizione e specificità. Le difficoltà nella ricostruzione del concetto.

Conclusa questa breve, seppur necessaria, parentesi introduttiva dedicata al *genus*, possiamo finalmente restringere il campo di osservazione alla categoria specifica dei discorsi d’odio, i quali rappresentano un fenomeno di portata globale, fortemente radicato nelle diverse società e, come si è già avuto modo di ricordare, in costante e progressiva espansione. Va preliminarmente rilevato come ad oggi non sia possibile rinvenire una definizione comunemente accettata di *hate speech* neppure a livello internazionale, il che rappresenta un problema significativo quando si tratta di analizzare quelli che sono i molteplici tratti distintivi della materia *de quo*. Questa mancanza di chiarezza può infatti condurre ad interpretazioni diverse sul tema e al proliferare di contestazioni sulle opportune azioni da intraprendere nel tentativo di arginare i discorsi discriminatori, diffamatori o incitanti all’odio. Ad ogni buon conto, passando in rassegna le fonti sovranazionali si può comunque estrapolare qualche significativo suggerimento definitorio²³¹.

Una prima indicazione è contemplata nella Raccomandazione n.97(20) del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa²³², il quale precisa che per discorso d’odio si devono intendere “*tutte le forme di espressione che promuovono o giustificano l’odio razziale, la xenofobia, l’antisemitismo o altre forme di odio basate sull’intolleranza, tra cui l’intolleranza espressa attraverso nazionalismo o etnocentrismo aggressivo, discriminazione ed ostilità contro minoranze, migranti e persone con storia di immigrazione*”²³³. Tuttavia, come facilmente evincibile dal dato squisitamente letterale, questa definizione porta con sé dei limiti evidenti, in quanto incentrata principalmente sulla discriminazione razziale ed etnica.

²³¹ In materia si è consultato PITRUZZELLA G., POLLICINO O., *Disinformation and Hate speech. A European Constitutional Perspective*, Egea, 2020.

²³² Il Comitato dei Ministri è l’organo decisionale del Consiglio d’Europa ed è composto dai Ministri degli Esteri di tutti gli Stati membri o dai loro quattro Rappresentanti diplomatici permanenti a Strasburgo. Oltre a essere un’istanza governativa, nel cui ambito si possono discutere in condizioni di assoluta parità i vari approcci nazionali relativi ai problemi che devono fronteggiare le società dei Paesi europei, è allo stesso tempo un organo collegiale di dibattiti, nel quale vengono elaborate le risposte europee a tali sfide. Insieme all’Assemblea parlamentare, è inoltre il custode dei valori fondamentali del Consiglio d’Europa e controlla il rispetto degli incarichi assunti dagli Stati membri.

²³³ *Recommendation no. r(97)20 of the committee of ministers to member states on “hate speech”, Principle 1: “speech likely to produce the effect of legitimising, spreading or promoting racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of discrimination or hatred based on intolerance including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”.*

La clausola generale "*altre forme di odio basate sull'intolleranza*"²³⁴, fatta propria dal disposto, potrebbe teoricamente lasciare spazio a una definizione più ampia, inclusiva di altre forme discriminatorie, ma il testo successivo sembra restringere nuovamente il campo d'azione. Se la definizione è sicuramente in grado di offrire una base solida e importante per affrontare il fenomeno dell'*hate speech*, va pertanto criticata la scarsa inclusività della medesima, incapace di catturare tutte le manifestazioni di odio presenti nella società contemporanea e, in quanto tali, meritevoli di attenzione. Altro importante contributo in materia è quello fornito dall'articolo 20 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966²³⁵, il quale afferma che la propaganda a favore della guerra e gli appelli all'odio nazionale, razziale o religioso che costituiscono incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza devono essere vietati dalla legge²³⁶.

Sempre in ambito qualitativo, un sensibile passo avanti è stato fatto con la Decisione Quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale²³⁷, la quale fornisce una definizione più dettagliata e circostanziata del discorso d'odio. Più specificamente, la stessa identifica tre principali categorie di comportamenti che possono essere opportunamente ricomprese all'interno della nozione di *hate speech*. In *primis*, si fa riferimento all'incitamento pubblico alla violenza o all'odio diretto contro un gruppo di persone o un membro di un gruppo definito sulla base della razza, colore della pelle, discendenza, credo religioso, origini etniche o nazionali; condotta, quest'ultima, che include pertanto la promozione attiva dell'odio o della violenza contro gruppi vulnerabili. Viene poi fatta menzione, in seconda battuta, alla commissione del reato di incitamento all'odio quando lo stesso viene posto in essere mediante la diffusione pubblica o

²³⁴ La clausola generale è una particolare tecnica legislativa, antitetica al cosiddetto metodo casistico. Le clausole generali, invero, sono delle fattispecie incomplete le quali, pur inserite in norme scritte, svolgono il ruolo di «valvole di sicurezza» dell'ordinamento. Grazie ad esse, infatti, all'interprete viene attribuito un ruolo attivo nel contribuire alla definizione della disciplina del caso concreto, attingendo anche ad elementi ulteriori rispetto al mero dettato positivo.

²³⁵ La Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, noto come Patto internazionale sui diritti civili e politici, è un trattato delle Nazioni Unite, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976. V. Cap. I, par. 4.

²³⁶ Art.20: "*Any propaganda for war shall be prohibited by law. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law*".

²³⁷ La decisione quadro in esame, che fa seguito all'azione comune 96/443/GAI, prevede il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari dei paesi dell'UE per quanto attiene ai reati ispirati a talune manifestazioni di razzismo e xenofobia. Queste gravi manifestazioni di razzismo e xenofobia, in forza della decisione quadro *de quo*, devono costituire un reato in tutti i paesi dell'UE ed essere passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive. La decisione quadro 2008/913/GAI è inoltre finalizzata al miglioramento e alla promozione della cooperazione giudiziaria in materia.

la distribuzione di scritti, immagini o altro materiale²³⁸. Distinzione non di poco conto, in quanto mira a precisare che il discorso d'odio non può in alcun modo essere circoscritto alle sole parole pronunciate verbalmente, ben potendo essere espresso attraverso mezzi di comunicazione scritti, visivi o digitali. In ultimo, la norma ricomprende all'interno della nozione di *hate speech* anche l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana in pubblico dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini contro la pace.

Come facilmente evincibile, si tratta di una definizione più puntuale e specifica rispetto alle precedenti, in quanto precisa in modo dettagliato – a differenza dei contributi pregressi - le modalità di condotta, sottolineando, in parallelo, l'importanza della pubblicità e della diffusività di tali comportamenti, elementi determinanti soprattutto per quanto attiene al complesso rapporto tra discorsi d'odio e libera manifestazione del pensiero. Inoltre, l'inclusione dell'apologia, della negazione o della minimizzazione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini contro la pace, amplia ulteriormente il campo di applicazione del discorso d'odio. Con questo importante passo avanti sul piano contenutistico, invero, viene giustamente riconosciuto il potenziale nocivo degli atteggiamenti di glorificazione o giustificazione dei crimini anzidetti, nella stragrande maggioranza dei casi finalizzati a promuovere un clima di intolleranza e discriminazione.

Sempre sul tema, va poi ricordata la definizione contenuta nella Raccomandazione di politica generale dell'ECRI²³⁹ (*European Commission against Racism and Intolerance*), adottata l'8 Dicembre 2015, ancora più ampia ed inclusiva rispetto ai contributi precedentemente esaminati. Viene infatti affermato quanto segue: *”ai fini della presente raccomandazione di politica generale si intende per discorso d'odio il fatto di fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi*

²³⁸ In altre parole, se il discorso d'odio è veicolato attraverso la stampa, i social media, la televisione, la radio o altri mezzi di comunicazione di massa e, secondo elemento, se lo stesso discorso incita all'odio o alla violenza contro un gruppo di persone o un individuo appartenente a quel gruppo, allora può essere considerato un reato ai sensi del disposto in esame.

²³⁹ La Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) è un organo di monitoraggio del Consiglio d'Europa, finalizzato alla protezione dei diritti umani universalmente riconosciuti e, in quanto tale, specializzato nel contrasto ad ogni forma di razzismo, xenofobia, antisemitismo e intolleranza. Le attività dell'ECRI includono l'analisi delle legislazioni nazionali, la raccolta di dati e informazioni, la valutazione delle politiche governative, nonché la promozione di buone pratiche per contrastare la discriminazione e promuovere l'inclusione sociale. L'organismo in esame emette anche raccomandazioni specifiche agli Stati membri del Consiglio d'Europa, sempre con il fine ultimo di promuovere la lotta al razzismo e all'intolleranza e di migliorare le politiche poste in essere dagli Stati medesimi in materia di diritti umani.

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". Successivamente, viene ancora riportato quanto segue: "Riconoscendo che il discorso dell'odio può assumere la forma di una pubblica negazione, banalizzazione, giustificazione o legittimazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra accertati dai tribunali, come pure di un'apologia delle persone condannate per avere commesso tali crimini [...]".

Sulla stessa linea d'orizzonte si colloca il Protocollo Addizionale n.12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali adottato nel 2012, per mezzo del quale è stato inserito all'interno dell'ordinamento giuridico europeo un vero e proprio diritto alla non discriminazione²⁴⁰. Ciò significa che i cittadini dei Paesi che hanno ratificato il protocollo, nel caso in cui ritengano che il loro diritto alla non discriminazione sia stato violato dalle autorità nazionali, possono far valere il diritto medesimo davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Benché il protocollo *de quo* sia stato ratificato da un numero piuttosto ridotto di Stati membri²⁴¹, l'introduzione di un diritto esplicito alla non discriminazione ha indiscutibilmente rappresentato un importante e ulteriore segnale dell'impegno fatto proprio dall'Unione Europea nel promuovere e proteggere i diritti fondamentali di tutti i cittadini europei. Conclusivamente, va in ultimo fatta menzione alle Linee Guida del 20 maggio 2022, in cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha chiarito che *«per "hate speech" devono intendersi tutti i tipi di espressioni che incitano, promuovono, diffondono o giustificano la violenza, odio o discriminazione contro una persona o un gruppo di persone, o che le denigrano, a causa di loro caratteristiche personali reali o attribuite o di status come la "razza", il colore della pelle, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine etnica, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale».*

²⁴⁰ Sul punto DI ROSA A., *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi Editore, 2020, pg.46.

²⁴¹ Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, protocollo n. 12 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Roma, 2000, art.1: *"Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione"*. Come opportunamente sottolineato in sede dottrinale, il fatto che pochi Stati membri abbiano ratificato il protocollo potrebbe però limitare drasticamente l'efficacia del medesimo nell'assicurare una protezione uniforme e coerente contro la discriminazione su tutto il territorio dell'Unione Europea.

In virtù delle considerazioni svolte finora, si può quindi asserire come la nozione di *hate speech* risulti ancora oggi piuttosto “sfumata” e di difficile inquadramento. Nonostante i molteplici e rilevanti contributi avanzati a livello sovranazionale, non è infatti possibile – allo stato dell’arte - individuare un indirizzo unitario in materia, sia per quanto concerne la descrizione delle modalità di messa in atto della condotta, ma anche per quel che attiene alla selezione dei tratti e qualità protetti. Negli *hate crimes*, per converso, benché vi siano spesso dubbi circa l’identificazione e l’effettiva valutazione delle circostanze aggravanti legate al pregiudizio, la natura criminale dell’azione è generalmente ben definita, con leggi che specificano in modo chiaro i criteri per riconoscere e perseguire tali reati. Per quanto attiene all’*hate speech*, come detto, la situazione si rivela invece ben più complessa: le leggi e le definizioni possono infatti variare notevolmente da una nazione all’altra e persino all’interno delle singole giurisdizioni nazionali; ciò è dovuto ad una serie di fattori, quali la protezione della libertà di espressione, le marcate differenze culturali e sociali che intercorrono tra le singole realtà e, in ultimo, le opinioni dissonanti sulla regolamentazione del linguaggio e del discorso.

Inoltre, come opportunamente sottolineato in dottrina, se il crimine d’odio si identifica con una condotta qualificata come reato e sorretta da un motivo di pregiudizio, i discorsi d’odio difettano del primo elemento, il che equivale a dire che qualora il discorso dovesse essere privo del *bias motive* non potrà neppure porsi il dubbio se esso costituisca reato o meno, dovendosi concludere per l’assoluta liceità della condotta posta in essere²⁴². Sempre con l’intento di delineare le specificità dei discorsi d’odio, va ancora fatta una considerazione conclusiva. Se è vero che nei cd *hate crimes* vi è sempre un individuo specifico quale bersaglio dell’azione criminale penalmente rilevante (il che semplifica il lavoro relativo alla determinazione della responsabilità penale), nel caso dei discorsi d’odio il messaggio può essere rivolto a un intero gruppo di persone o ad un singolo individuo. In quest’ultimo caso sarà più plausibile una contestazione della responsabilità penale sulla base di una “comune fattispecie” delittuosa, quali per esempio diffamazione o minacce, eventualmente in forma aggravata. Il discorso d’odio, ipotesi ulteriore, può anche essere astratto o generico e pertanto manchevole di un destinatario specifico, ipotesi che può rendere ancor più arduo il compito di stabilire la responsabilità penale e l’individuazione della legge o della fattispecie delittuosa applicabile.

²⁴² In questi termini D’AMICO L., *Le forme dell’odio. Un possibile bilanciamento cit.*, in La legislazione penale, 2020, pg.6.

3.3.1 Un fenomeno in aumento: l'incidenza statistica dei discorsi d'odio.

Conclusa la disamina relativa alle diverse proposte definitorie avanzate fino ad oggi in materia di *hate speech* e preso atto del difetto di univocità della nozione *de quo*, occorre ora soffermarsi brevemente sull'incidenza statistica del fenomeno, ponendo il *focus* del discorso – per ragioni di economia espositiva – sul territorio nazionale; l'analisi statistica inerente all'incidenza dei discorsi d'odio rappresenta *sine dubio* un passaggio fondamentale nella trattazione dell'argomento, in quanto permette di comprendere appieno l'entità e l'evoluzione del fenomeno in esame nel corso tempo. Prima di approcciare ai dati numerici, vanno però preliminarmente considerate le diverse criticità associate alla raccolta di rilevazioni reali ed effettive sull'argomento, le quali richiedono un'attenzione particolare.

A tal proposito, va innanzitutto rilevato come, non esistendo una definizione univoca in materia, diversi enti potrebbero servirsi di criteri dissimili per identificare e registrare i casi di *hate speech*. Questa mancanza di coerenza nei parametri di rilevamento può indubitabilmente influenzare la comparabilità dei dati, rendendo così difficoltosa la valutazione relativa l'effettiva incidenza del fenomeno²⁴³. Inoltre, come già ricordato nei paragrafi pregressi, vanno tenuti in forte considerazione i problemi legati alla sotto-dichiarazione e alla conseguente sotto-rappresentazione dei casi di *hate speech*. Come si è già avuto modo di ricordare, invero, molte vittime potrebbero essere riluttanti nel segnalare tali incidenti per timore di ripercussioni o, più semplicemente, per mancanza di fiducia nelle autorità competenti.

Scontata questa dovuta premessa, ci si può ora soffermare più da vicino sui dati ufficiali forniti dall'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) in collaborazione con l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR), i quali forniscono un quadro significativo sull'incidenza dei crimini e dei discorsi d'odio in Italia nel periodo compreso tra il 2010 e il 2019²⁴⁴. Per quanto attiene ai secondi, si è registrata nel decennio una clamorosa impennata, passando da 12 a 535 segnalazioni e con un vero e proprio balzo in avanti a partire dal 2013. Volendosi soffermare partitamente sulle singole “caratteristiche protette”, nello stesso lasso temporale le segnalazioni relative a crimini o discorsi d'odio perpetrati per razza, nazionalità o appartenenza etnica sono passate da 8 a 252,

²⁴³ Queste evidenti criticità sono costate a molti Stati dell'UE, tra cui l'Italia, continui richiami da parte ECRI (European Commission against Racism and Intolerance).

²⁴⁴ Per la consultazione e la verifica dei dati qui proposti si rinvia al sito www-interno.gov.it. I dati, come detto, attengono al decennio 2010-2019.

quelle legate all'orientamento sessuale da 3 a 95, per disabilità da 0 a 95 e per identità di genere da 0 a 10.

I dati appena presentati, benché estremamente sintetici, non fanno altro che sottolineare la centralità del fenomeno nella realtà contemporanea, rimarcando la necessità di operare in tal senso con azioni concrete e mirate. L'ECRI, già nel 2016, ha richiamato sul punto il nostro Paese, lamentando l'incapacità delle autorità locali nel raccogliere dati e informazioni in modo sistematico e coerente, raccomandando in particolare di “*predisporre senza indugio un metodo di raccolta dei dati sugli episodi collegati ai discorsi d'odio [...] e di pubblicare regolarmente i risultati con le informazioni riguardanti il numero di procedimenti penali, le ragioni per cui eventualmente non siano stati avviati oppure, in caso contrario, l'esito dei medesimi*”²⁴⁵.

3.4 L'articolo 604-bis c.p.: il diritto penale come strumento di opposizione ai discorsi d'odio. L'iter legislativo.

Restringendo ulteriormente il campo di osservazione, ci si può ora soffermare sul quadro normativo interno, cercando di capire se e in che misura la legislazione penale italiana si sia in concreto adattata alle sollecitazioni sovranazionali del settore²⁴⁶, più sopra richiamate. Per portare avanti un lavoro di questo tipo, occorre anzitutto ripercorrere brevemente l'*iter legislativo* che ha condotto all'entrata in vigore dell'art.604-bis c.p., il quale rappresenta *sine dubio* la disposizione normativa di riferimento in materia di contrasto ai discorsi d'odio.

Il primo intervento del legislatore italiano in materia coincide con l'approvazione della legge n.654/1975, comunemente nota con l'appellativo di Legge Reale²⁴⁷. Con questo atto, invero, è stata ratificata la Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, risalente al dicembre del 1965, adeguando alla medesima l'impianto ordinamentale interno. Più in profondità, si deve fare particolare riferimento all'articolo 3 della legge *de quo*, per mezzo del quale sono state introdotte nel nostro assetto normativo autonome fattispecie penali, le quali – nella loro formulazione originaria – sanzionavano: a) la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (comma 1,

²⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *Rapporto dell'ECRI sull'Italia – quinto ciclo di monitoraggio*, 18 Marzo 2016, in www.coe.int.

²⁴⁶ D'AMICO L., *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento* cit., in *La legislazione penale*, 2020, pg.9 ss.

²⁴⁷ V. Cap. II, par. 2.

lettera a); b) l'incitamento in qualsiasi modo alla discriminazione o a commettere atti di violenza o di provocazione alla violenza nei confronti di persone appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale (comma 1, lettera b); c) la partecipazione o l'assistenza ad organizzazioni o associazioni aventi tra i loro scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale (comma 2). Per quanto attiene al versante edittale, veniva prevista una pena da uno a quattro anni di reclusione per le condotte di cui al comma 1, salvo che, ricorrendo una clausola di riserva, il fatto non avesse costituito un reato più grave. In merito al comma 2, invece, veniva prevista una pena da uno a cinque anni, aumentata per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni.

Sulla legge Reale è poi intervenuta a gamba tesa la già a più riprese richiamata legge Mancino (1.25 giugno 1993, n. 205), la quale ha stravolto il quadro normativo anteriore, apportando a sua volta una serie di modifiche di portata decisiva. In prima battuta, ha distinto la condotta di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e l'incitamento a commettere o la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lettera a) dall'incitamento a commettere e dalla commissione di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (comma 1, lettera b). Per condotte di cui alla lettera a) veniva prevista una pena fino a tre anni, mentre le condotte di cui alla lettera b), ritenute più lesive in sede legislativa, venivano assoggettate ad una pena da sei mesi a quattro anni. Il legislatore, proprio in ragione della diversa gravità delle condotte appena richiamate, ha pertanto operato questo distinguo, emendando verso il basso la relativa cornice edittale.

La legge Mancino, altro aspetto di assoluta rilevanza, ha inoltre immesso il credo religioso nell'alveo dei tratti e delle qualità protette, introducendo altresì due nuove fattispecie di reato: il compimento, in pubbliche riunioni, di manifestazioni esteriori o l'ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge Reale e - altra autonoma ipotesi delittuosa - l'accesso ai luoghi dove si fossero svolte competizioni agonistiche con gli stessi emblemi o simboli. In ultimo, oltre all'introduzione di una serie di pene accessorie, tra cui l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità²⁴⁸, è stata finalmente inserita l'aggravante dell'odio razziale, etnico, nazionale e religioso.

²⁴⁸ Collettività dominata da una logica intrinsecamente rieducativa.

La puntuale disamina del percorso legislativo che fa da sfondo all'articolo 604-*bis* non può prescindere dalla già esaminata novella legislativa n.85 del 2006, anch'essa introduttiva di importanti novità in materia. Senza ripetere in toto quanto già affermato²⁴⁹, in questa occasione il legislatore ha ulteriormente rivisto la tipizzazione delle condotte vietate, alleggerendo ancora una volta la risposta sanzionatoria. In merito alla tipizzazione: alla lettera a), si è sostituito "*diffonde in qualsiasi modo*" con "*propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*", mentre "*incita*" è stato rivisto in "*istiga*" a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Per quanto attiene al versante sanzionatorio, accanto alla reclusione fino a un anno e sei mesi si è introdotta la pena della multa fino a seimila euro, limitatamente alle condotte di cui alla lettera a).

Con la legge n. 115 del 28 Giugno 2016, in attuazione della - già citata - Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, è stato poi introdotta la cd. aggravante di negazionismo (comma 3-*bis*), oggetto di acceso dibattito in sede dottrinale e meritevole, più avanti, di specifica trattazione²⁵⁰.

L'ultimo intervento legislativo è stato infine operato con il decreto legislativo n.21 del 2018. Quest'ultimo, in attuazione della riserva di codice di cui all'articolo 3-*bis* del codice penale, ha trasposto l'intera disciplina (come emergente dalla l. 85/2006) agli articoli 604-*bis* e 604-*ter*. Questi ultimi sono stati infatti inseriti al Titolo XII (Dei delitti contro la persona), Capo III (Delitti contro la libertà individuale), Sezione I-*bis* dedicata ai Delitti contro l'uguaglianza. Grazie alla trasposizione operata in sede legislativa, volta a sottolineare l'importanza attribuita a tali reati nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, viene oggi fornito un quadro normativo più organico e al tempo stesso accessibile agli operatori del diritto e ai cittadini in generale.

3.4.1 L'accesa discussione sulle ragioni di opportunità del ricorso al diritto penale: posizioni dottrinali a confronto.

Concluso questo breve *excursus* storico, volto a delineare il "sentiero" legislativo che ha condotto all'odierna configurazione dell'articolo 604-*bis* c.p., si può ora dedicare qualche riflessione sul tema dell'opportunità o inopportunità del ricorso allo strumento penalistico in

²⁴⁹ V. Cap. II, par. 2.2.

²⁵⁰ V. Cap. III, par. 5.

materia di *hate speech*, proprio in virtù della complessità che connota il tema. Si fa riferimento ad un insieme di considerazioni estendibili all'intera categoria giuridica e, in quanto tali, applicabili alla fattispecie specifica ex art. 604-*bis* c.p. In via preliminare, va però tenuto in considerazione un dato importante: il dibattito relativo all'opportunità della penalizzazione dei discorsi d'odio è inevitabilmente intriso di forti implicazioni valoriali di natura etica e politica; ciò significa, in altri termini, che rispetto ad altre tematiche proprie del diritto penale, le argomentazioni avanzate in sede dottrinale in materia di *hate speech* si basano su considerazioni di stampo ideologico e non sono circoscritte alla mera dimensione giuridica. La valutazione circa l'opportunità di ricorrere a strumenti penalistici in questo contesto richiede pertanto la ricerca di un equilibrio delicato tra la protezione dei diritti individuali e, dall'altro lato, la salvaguardia dell'ordine pubblico e della coesione sociale²⁵¹.

Ebbene, gli argomenti tradizionalmente adottati dalla dottrina a sostegno dell'intervento penalistico in materia di *hate speech* sono molteplici e possono essere riassunti in questi termini²⁵². In *primis*, viene fatto riferimento alla maggior gravità del motivo che sorregge la condotta e del danno che consegue alla medesima; i discorsi d'odio, spesse volte motivati da sentimenti discriminatori e di disprezzo verso "l'altro", possono infatti condurre a danni gravi e duraturi alle vittime e, in termini più ampi, alla solidarietà sociale. Pertanto, punire tali comportamenti con sanzioni penali più severe può ritenersi giustificato dalla necessità di contrastare e, se possibile, prevenire tali danni. In secondo luogo, sempre a sostegno dell'opportunità del ricorso allo strumento penalistico, viene sottolineato il notevole ruolo simbolico della previsione sanzionatoria. Il fatto di comunicare un messaggio forte e distinto attraverso la legge, oltre a sottolineare la gravità del comportamento, può infatti contribuire all'affermazione dei valori fondamentali della società, quali la dignità umana e l'uguaglianza, nonché promuovere una cultura di tolleranza e di rispetto. In ultimo, va ovviamente tenuta in considerazione la funzione preventiva della disposizione penale: punire i discorsi d'odio mediante la previsione di opportuni strumenti sanzionatori può infatti avere una funzione deterrente nei confronti di coloro che, per le ragioni più disparate, potrebbero essere maggiormente inclini alla commissione dei reati *de quo*. Tuttavia, va sottolineato come queste argomentazioni dottrinarie, benché generalmente fondate, richiedano un approfondimento

²⁵¹ Il dibattito sull'opportunità o meno del ricorso allo strumento penalistico nel contrasto ai discorsi d'odio riflette, invero, una serie di tensioni tra la protezione dei diritti umani, la libertà di espressione, la prevenzione della violenza e la promozione della coesione sociale. La complessità della materia richiede pertanto un equilibrio delicato tra questi diversi interessi, con l'obiettivo di garantire una società inclusiva, rispettosa e democratica.

²⁵² In questi termini GOISIS L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019, pg.181 ss.

ulteriore, in quanto, se poste in questi termini, non consentono di prendere una posizione definitiva sulla corretta configurazione dell'illecito penale.

Per quanto attiene al primo argomento, occorre brevemente richiamare quanto già anticipato nei paragrafi precedenti²⁵³. I discorsi d'odio si caratterizzano per la volontà di far intendere alla vittima che, per la sua appartenenza ad un determinato gruppo minoritario, non è ritenuta degna della stessa considerazione riservata agli altri consociati, non gode degli stessi diritti e di un pari riconoscimento sociale e, nei casi più estremi, non ha addirittura diritto di esistere. Ebbene, sarebbero proprio questi assunti a rendere le condotte più gravi, dal momento che le stesse, oltre a ledere la sfera individuale del singolo individuo colpito dalla condotta, minano i fondamenti di uguaglianza e di parità sociale che dovrebbero caratterizzare ogni società democratica. La dottrina maggioritaria, coadiuvata in tal senso da numerosi studi empirici, condivide le asserzioni appena enunciate: i discorsi d'odio, proprio per i motivi che li sorreggono e per il loro valore altamente simbolico, produrrebbero nella vittima danni ben più gravi rispetto alle condotte "ordinarie". In tal senso, si possono ricordare le tesi sostenute da Jeremy Waldron²⁵⁴ nel saggio "*The Harm in Hate Speech*"; in questo scritto, l'autore suggerisce come gli *hate speeches* non possano essere circoscritti a semplici espressioni di idee ingiuriose, offensive o minacciose dal forte impatto emotivo. Waldron, invero, argomenta come gli stessi consistano in discorsi atti a strumentalizzare l'appartenenza di un individuo a un gruppo, per permetterne la degradazione, l'esclusione o addirittura l'eliminazione. In particolare, l'autore sostiene che gli *hate speeches* diminuiscano il grado di sicurezza collettiva, inteso come: "*a shared sense of the basic elements of each person's status, dignity and reputation as a citizen or member of society in good standing*"²⁵⁵.

Data l'intrinseca singolarità dei discorsi d'odio e la diffusività dei danni correlati alla condotta in concreto posta in essere, si può quindi affermare come gli stessi non siano solo meritevoli di una risposta punitiva, bensì di una sanzione più severa rispetto a quella riservata ai crimini

²⁵³ V. cap. III, par. 3.2.

²⁵⁴ Jeremy Waldron è un filosofo del diritto e accademico neozelandese, nato nel 1953, noto per i suoi contributi nell'ambito della filosofia politica, del diritto costituzionale e della teoria del diritto. Nel corso della sua vita professionale, si è concentrato in particolare sul campo della libertà di parola, arrivando a sostenere la necessità di una più ampia regolamentazione in materia di *hate speech* e, di riflesso, criticando ampiamente la prospettiva "assolutistica" della libertà di espressione.

²⁵⁵ WALDRON J., "*The Harm in Hate speech*", Harvard, 2012, pg.47.

ordinari²⁵⁶. Questo asserto riflette peraltro una concezione di tipo retributivo della pena, che tende ad una risposta punitiva proporzionata alla gravità dell'offesa arrecata²⁵⁷.

Con riferimento al ruolo simbolico dell'intervento repressivo in materia di *hate speech*, invece, parte della dottrina ha sollevato più di qualche perplessità. E' innegabile che la previsione di misure repressive, oltre a condurre alla stigmatizzazione della condotta criminalizzata, porti con sé un forte messaggio moralistico: in questo modo, invero, il legislatore mira a comunicare il proprio distacco e la propria riprovazione rispetto al compimento di una determinata azione. Il richiamo alla sanzione penale, sempre in chiave simbolica, rappresenta inoltre uno strumento efficace al fine di attirare l'attenzione della collettività circa l'effettiva rilevanza di un determinato problema sociale.

Benché si tratti di un'argomentazione a più riprese utilizzata per sostenere la criminalizzazione dell'*hate speech*, vanno rimarcate alcune criticità in tal senso. Come sottolineato a più voci in sede dottrinale²⁵⁸, il rischio di sovraccaricare il diritto penale di funzioni simboliche non va sottovalutato: è del tutto evidente che quando si scende dalla sfera dei simboli alla realtà delle aule di tribunale, possono emergere - proprio in questa sede - molteplici difficoltà nell'accertamento dei fatti e nella ricostruzione del significato delle fattispecie. Queste criticità emergono soprattutto con riferimento a quelle disposizioni penali eccessivamente incentrate sul messaggio simbolico e che, di riflesso, finiscono con il trascurare la sostanza normativa. L'attenzione eccessiva al messaggio simbolico, ancora, può in concreto mettere in secondo piano quella che è la funzione tradizionale del diritto penale, ovvero la tutela dei beni giuridici.

La stessa dottrina che avanza queste considerazioni, condivisibili dal mio modesto punto di vista, critica aspramente il fenomeno della "legislazione penale compulsiva"²⁵⁹. Si fa riferimento a quella tendenza manifestatasi soprattutto negli ultimi decenni e che rimanda

²⁵⁶ In questi termini GERSTENFELD P. B., *Hate Crimes. Causes, Controls and Controversies*, Londra, 2018, pg.11.

²⁵⁷ Secondo la teoria retributiva, la sanzione penale deve servire a *punire* il reo per il male provocato dalla sua azione illecita; la concezione retributiva implica il concetto di personalità, di determinatezza, di proporzionalità e di inderogabilità della pena medesima.

²⁵⁸ Su tutti FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, 1989. L'autorevole filosofo del diritto italiano critica proprio l'eccessivo ricorso al diritto penale per scopi simbolici; secondo l'autore, invero, operando in questo modo si rischia di compromettere l'efficacia del diritto penale stesso nel proteggere i beni giuridici fondamentali. Ferrajoli si fa portavoce di una concezione più garantista della giustizia penale, orientata principalmente alla tutela dei diritti umani.

²⁵⁹ Come evidenziato dai teorici del diritto, si fa riferimento ad un fenomeno che può essere motivato da vari fattori: la pressione dell'opinione pubblica in risposta ad eventi specifici, la ricerca di consenso politico o l'idea, del tutto censurabile, che l'implementazione di nuove sanzioni penali rappresenti l'unica strada percorribile per far fronte a determinate problematiche sociali.

all'eccessiva proliferazione di leggi penali, spesso promulgate da legislatori con scarsa competenza giuridica e “con un atteggiamento disinvolto nel manipolare categorie, terminologia e principi penalistici”²⁶⁰. La tendenza del legislatore a concentrarsi sull'aspetto simbolico e propagandistico delle nuove disposizioni penali, piuttosto che sulla loro reale efficacia nel contrastare il fenomeno criminoso, rappresenta oggi giorno una realtà consolidata. L'operato legislativo, invero, sembra concentrarsi principalmente nel dare segnali alla pubblica opinione, enfatizzando le "conquiste" legislative come risultato di specifici impegni politici, senza però valutare adeguatamente l'impatto e l'efficacia pratica delle nuove disposizioni all'interno del quadro normativo esistente. Tutto questo porta ineluttabilmente ad un “danno di ritorno”: spesse volte, invero, si assiste ad una netta divergenza tra ciò che viene annunciato e ciò che la norma sarà effettivamente in grado di contrastare, il che conduce ad un crescente sentimento di frustrazione nella società civile e, aspetto ancor più grave, ad una generalizzata percezione di impunità tra coloro che pongono in essere le condotte delittuose. Riassumendo, sebbene il valore simbolico della norma penale sia significativo e inevitabile²⁶¹, non può in alcun modo assurgere ad unico fondamento per l'adozione di nuove disposizioni penali, tanto meno in materia di *hate speech*, dovendo piuttosto essere considerato quale mero rinforzo di motivazioni più solide²⁶².

Il terzo ed ultimo argomento proposto attiene infine ai possibili effetti preventivi delle *hate speech laws*, i quali si manifesterebbero su due piani distinti, benché fortemente interconnessi. In *primis*, vi sarebbe una prevenzione generale negativa: l'introduzione di specifiche norme penali in materia potrebbe scoraggiare i consociati dalla commissione delle condotte vietate, fungendo quindi da deterrente - nel caso specifico - per coloro intenzionati ad esprimere discorsi discriminatori e, in quanto tali, offensivi. In *secundis*, vi sarebbe poi una prevenzione generale positiva: l'adozione di disposizioni penali potrebbe infatti contribuire alla sensibilizzazione della società, promuovendo valori di rispetto, tolleranza e inclusione.

²⁶⁰ INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, CEDAM, 2006.

²⁶¹ In tal senso BONINI S., *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *diritto penale contemporaneo*, 21 Dicembre 2016, pg.29. L'autore sottolinea come le disposizioni penali – oltre ad essere strumenti volti a regolare il comportamento dei consociati - fungano anche da simboli di autorità, giustizia e ordine sociale. Sempre secondo Bonini, non è quindi possibile eliminare del tutto il valore simbolico della norma penale, atteso che su di esso “*si è da sempre fatto affidamento, nella ragionevole convinzione circa la loro legittimità*”.

²⁶² Quanto detto in precedenza, invero, non implica il totale rigetto dell'argomentazione proposta, bensì, proprio in ragione delle critiche manifestate da autorevole dottrina e qui riportate, la necessità che la medesima venga utilizzata in materia penale quel mero “rinforzo” di percorsi argomentativi diversi e più solidi.

Ebbene, anche in riferimento a quest'ultima argomentazione vanno avanzate molteplici obiezioni, alcune di carattere generale.

Innanzitutto vi è il rischio che, per incrementare l'effetto deterrente di cui si è detto, vengano introdotte nell'ordinamento sanzioni eccessivamente severe rispetto alla gravità effettiva del reato, violando in questo modo il principio generale della proporzionalità della pena²⁶³. In secondo luogo, va poi considerato il quesito avanzato opportunamente in sede dottrinale da Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco: il semplice timore di subire una sanzione penale è davvero sufficiente a dissuadere le persone dal porre in essere una determinata condotta? Gli autori in questione, trattando il tema della minaccia punitiva come "controspinta psicologica alla spinta criminosa"²⁶⁴, rispondono negativamente a questa domanda, affermando come i destinatari delle disposizioni penali non siano in grado di calcolare costi e benefici prima di agire, in quanto non perfettamente razionali²⁶⁵. Possono dunque bastare queste poche considerazioni di carattere generale per mettere in discussione l'argomentazione proposta, ma vanno ancora fatte alcune puntualizzazioni più specifiche sul tema.

Come facilmente rilevabile, presupposto per ottenere gli effetti preventivi di cui si è detto è che i potenziali autori di tali condotte siano consapevoli della natura criminosa delle loro azioni e, di talché, a conoscenza delle leggi penali in materia. Ebbene, nonostante i *media* affrontino con assiduità queste tematiche, conoscere l'esistenza di una legge è ben diverso dal comprenderne appieno il suo contenuto, il concetto stesso di *hate speech*, come la disposizione legale si applica e le conseguenze della sua violazione. Il dibattito contemporaneo riguardante l'approvazione del disegno di legge Zan, da poco concluso, dimostra peraltro come queste conoscenze siano manchevoli non solo all'interno della società civile, ma anche nelle stesse aule parlamentari. Se persino coloro i quali dovrebbero essere a conoscenza di tali normative mostrano evidenti lacune di comprensione, non può che dubitarsi circa l'effettiva capacità delle disposizioni penali nel raggiungere il loro scopo preventivo.

²⁶³ Il principio di proporzionalità della penale, benché non espressamente affermato da nessuna specifica disposizione legislativa, costituisce *sine dubio* uno dei cardini dell'intero sistema penale. Questo principio è fondamentale perché permette alla pena di adempiere alle sue funzioni principali, ovvero la retribuzione e la rieducazione del condannato. Dal punto di vista costituzionale, il principio di proporzionalità trova fondamento nell'articolo 27 del dettato costituzionale, il quale stabilisce che la pena deve essere finalizzata alla rieducazione del condannato: ciò implica che la pena debba essere proporzionata alla gravità del reato e alle circostanze specifiche del caso concreto.

²⁶⁴ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale* cit., pg.210.

²⁶⁵ GERSTENFELD P.B., *Hate Crimes. Causes* cit., pg.25.

Conclusivamente, non può che sollevarsi qualche perplessità in merito alla funzione di prevenzione generale positiva. Per condurre un'adeguata opera di sensibilizzazione sul tema, invero, non può dirsi sufficiente il mero ricorso allo strumento penale, bensì risulta necessario accompagnare l'introduzione di sanzioni penali con misure adeguate, finalizzate alla promozione di percorsi culturali e didattici mirati. Per raggiungere gli obiettivi della prevenzione positiva, questo a titolo più generale, è inoltre richiesto un buon livello di credibilità del sistema penale complessivo che, soprattutto alla luce dei fenomeni di *under-reporting* e *under-recording* caratterizzanti la materia²⁶⁶, sembra ad oggi piuttosto carente.

3.4.2 I beni giuridici tutelati dalla norma: dall'ordine pubblico alla dignità umana.

Quando ci si trova di fronte ad una norma che penalizza una certa condotta, è fondamentale interrogarsi sul bene giuridico che la norma stessa intende proteggere. Questo approccio, comune all'analisi giuridica e interpretativa, è cruciale per valutare l'effettiva rispondenza del diritto penale all'assetto valoriale dell'ordinamento giuridico, con particolare riferimento ai principi fondamentali sanciti dalla Costituzione. Come noto, invero, la teorica del bene giuridico, integrata con il principio di *extrema ratio* e di offensività²⁶⁷, rappresenta ancora oggi il migliore strumento a disposizione degli interpreti del diritto per riuscire a razionalizzare la materia penale e a rinvenire dei limiti per il potere statale²⁶⁸.

Scontate queste premesse, va anzitutto rilevato come, in riferimento alle fattispecie di cui all'art.604-*bis* c.p., dottrina tradizionale e giurisprudenza individuarono nell'ordine pubblico il bene giuridico tutelato dalla disposizione *de quo*. Come a più voci sottolineato dallo stesso versante dottrinale, si fa però riferimento ad un concetto dai contorni estremamente "sfumati",

²⁶⁶ V. Cap. III, par. 1.1.

²⁶⁷ V. Cap. II, par. 4.2.

²⁶⁸ DONINI N., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo, 2013, pg.7. L'autore, più nello specifico, individua tre diversi interrogativi che il legislatore deve porsi. In *primis* il tipo di interesse che la disposizione mira a tutelare, quali la sicurezza pubblica, la dignità umana, la tutela della memoria storica, la coesione sociale, o altri valori fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico. In *secundis*, è inoltre importante valutare se esistano altre norme o strumenti giuridici che potrebbero essere utilizzati per proteggere l'interesse in questione. In ultimo, anche se l'interesse tutelato è riconosciuto come fondamentale, è necessario valutare se l'intervento penale sia giustificato e proporzionato; deve quindi essere opportunamente valutato se l'azione incriminata rappresenti una minaccia significativa all'interesse protetto, se l'intervento penale rappresenti effettivamente l'unico mezzo efficace per proteggerlo e, conclusivamente, se la pena prevista sia proporzionata alla gravità del comportamento.

tanto che alcuni studiosi, proprio in virtù della difficoltà nell'individuare una sua definizione unitaria, parlano di “*concetto giuridico in disordine*”²⁶⁹. La collocazione della norma all'interno del codice penale, specificamente nella Sezione I-bis, ha suggerito un cambiamento di prospettiva in materia. In particolare, sembra che la lettura avanzata dalla dottrina tradizionale sia stata oggi superata a favore dell'individuazione, quale primario bene giuridico tutelato dall'articolo 604-bis c.p., del principio di uguaglianza. Sul punto vanno però fatte alcune precisazioni.

L'articolo 3 del nostro dettato costituzionale²⁷⁰, come noto, contempla due distinte accezioni del principio medesimo: una nozione di eguaglianza intesa in senso formale e maggiormente legata alla lettura data del principio all'interno delle Carte fondamentali, contenuta al primo comma, e una nozione di eguaglianza in senso sostanziale, sancita invece al comma secondo. La prima si riferisce all'idea che tutti i cittadini siano uguali di fronte alla legge (senza discriminazioni basate su caratteristiche come sesso, razza, religione, opinioni politiche ecc...), enfatizzando l'importanza di garantire a tutti i consociati un trattamento paritario in termini di diritti e doveri giuridici. La seconda, invece, va ben oltre il concetto di eguaglianza in senso formale appena enucleato, riferendosi alla promozione dell'eguaglianza effettiva tra i cittadini non solo di fronte alla legge, ma anche nelle opportunità economiche, sociali e culturali.

In virtù delle considerazioni svolte da autorevole dottrina²⁷¹, la prima accezione va estromessa dal dibattito sulla rilevanza penale dei discorsi d'odio, posto che l'intervento repressivo basato esclusivamente su questa nozione condurrebbe alla violazione di altri interessi costituzionalmente garantiti, quali su tutti la libertà di espressione. All'opposto, pare che la via preferibile sia quella di ascrivere all'articolo 604-bis c.p. l'obiettivo di tutela del principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale²⁷²: se, invero, l'art.3 Cost. può essere concepito quale fondamento dell’*“uguale valore associato a tutte le differenze di identità che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona*

²⁶⁹ In questi termini SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, pg.180.

²⁷⁰ Art.3 Cost.:”1.Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. 2.E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

²⁷¹ AMBROSI A. *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pg.46 ss.

²⁷² SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione* cit., pg.193 ss.

come tutte le altre»²⁷³, con il discorso d'odio il suo autore nega che il gruppo cui si riferisce, in quanto tale, sia meritevole di ricevere il medesimo trattamento e di godere delle stesse opportunità riconosciute al resto della collettività.

L'interpretazione dell'articolo 604-*bis* del nostro codice penale alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, trova peraltro un ulteriore supporto nel contesto storico e normativo che fa da sfondo alla sua approvazione. Come anteriormente ricordato, infatti, le fattispecie oggi contemplate nel predetto articolo sono state introdotte nel nostro ordinamento in seguito alla ratifica della Convenzione di New York datata 1966 e volta proprio all'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; che la penalizzazione delle suddette condotte fosse destinata alla tutela dell'eguaglianza sostanziale, come opportunamente evidenziato dalla stessa dottrina, sembrava dunque potersi ricavare già ben prima dell'intervento esplicito del legislatore nel 2018.²⁷⁴

Per concludere sul tema, va in ultimo ricordato come alcuni teorici del diritto²⁷⁵, seppur in misura minoritaria, adottino una prospettiva ancora differente in relazione all'articolo 604-*bis* c.p., riconducendo la norma stessa alla tutela della dignità umana; un concetto, quest'ultimo, che viene legato, anche in sede giurisprudenziale²⁷⁶, al tema della discriminazione. Si fa riferimento ad un principio fondamentale sancito dalla Costituzione italiana e da molteplici trattati internazionali sui diritti umani, il quale implica il riconoscimento dell'uguale valore di ogni essere umano e il rispetto dei suoi diritti fondamentali. Volendo essere più precisi, la dignità umana è implicitamente riconosciuta dall'articolo 2 della Costituzione in chiave "soggettivistica", quale diretta conseguenza del principio personalistico, oltre ad essere esplicitamente menzionata anche nell'articolo 3 Cost., questa volta in una prospettiva "collettivistica" tale da cogliere l'essere umano non più come singolo, bensì come soggetto indissolubilmente legato nei rapporti con gli altri e protagonista del progetto di costruzione della società²⁷⁷.

Le condotte di *hate speech* possono sicuramente rivelarsi lesive di questo diritto inviolabile, poiché, come detto, contemplan la negazione del pieno riconoscimento dell'individuo al quale si riferiscono, minando così la dignità intrinseca del medesimo. Tuttavia, la nozione di dignità umana può essere altrettanto complessa e difficile da circoscrivere quanto quella di

²⁷³ FERRAJOLI L., *Iura patriae. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017, pg.184.

²⁷⁴ SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione* cit., pg.197.

²⁷⁵ GOISIS L., *Crimini d'odio* cit., pg.235 ss.

²⁷⁶ Corte Cass., sez. III, 13 Dicembre 2007, n. 13234.

²⁷⁷ PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pg.456.

ordine pubblico, il che può ineluttabilmente condurre ad interpretazioni soggettive e ambigue quando la nozione medesima viene “calata” nel contesto penale. In ultimo, va sottolineato il rischio che l'invocazione della dignità umana, quale bene giuridico oggetto di tutela, possa essere usata in chiave paternalistica o strumentale, al fine di giustificare restrizioni prive di una chiara spiegazione o razionalizzazione.

3.5 Il reato di negazionismo: un “*unicum*” tra i reati di opinione.

Nel capitolo precedente si sono esaminate le caratteristiche fondamentali dei reati di opinione, concentrandosi in particolare sulla complessa compatibilità dei medesimi con il diritto penale del fatto, in particolare del fatto offensivo²⁷⁸. Gli stessi interrogativi ed incertezze più sopra esposti si estendono anche alla fattispecie di negazionismo, introdotta nel nostro ordinamento giuridico con la legge n.115/2016, la quale condivide le caratteristiche precipue proprie dei reati di pensiero. L'immissione nel nostro codice penale dell'ipotesi delittuosa *de quo*, la quale verrà ora opportunamente esaminata, ha dato vita ad un acceso dibattito dottrinale, incentrato sul presente quesito: si può punire (e si può perdonare) il negazionismo, cioè la negazione di crimini imperdonabili che trascendono il dominio dell'uomo?²⁷⁹ La negazione delle camere a gas e dei forni crematori nei campi di sterminio nazisti è un'opinione pari alle altre e, in quanto tale, meritevole di essere accolta e protetta nel discorso pubblico, in nome della libertà di espressione? Ebbene, benché il legislatore abbia optato per l'introduzione dell'aggravante negazionista all'interno dell'art.604-*bis* c.p., il dibattito in materia pare tutt'altro che superato, almeno tra i penalisti²⁸⁰. Da qui la necessità di esaminare nel dettaglio la nuova circostanza aggravante introdotta nel nostro codice penale, delineando anzitutto il concetto stesso di negazionismo, atteso che la possibilità della sua penalizzazione è legata alla precisazione di una nozione che sia sufficientemente determinata, in modo da rispettare il principio di legalità ex art.25 secondo capoverso della Costituzione. Come ricordato in

²⁷⁸ V. Cap. II, par. 4.

²⁷⁹ ARENDT H., *Vita Activa. La condizione umana*, tr. it. di FINZI S., Milano, 1988, pg.241.

²⁸⁰ In tal senso CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AAVV, “Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene, 2014.

dottrina, invero, “*il primo scoglio alla possibilità di incriminare il negazionismo è la sua definibilità*”²⁸¹.

3.5.1 Inquadramento del concetto, profilo storico e necessario distinguo con il revisionismo.

Una riflessione sul negazionismo come reato richiede, innanzitutto, di chiarire il significato del concetto²⁸². La definizione di negazionismo è cruciale non solo in sede storiografia, ma rappresenta un’urgenza anche per la stessa scienza giuridica, poiché determina la base ineliminabile per poter valutare in concreto l’opportunità di sanzionare penalmente tale comportamento. Solo delineando compiutamente la nozione in esame è inoltre possibile distinguere in modo accurato il fenomeno negazionista dal fenomeno revisionista, due concetti che, benché presentino differenze significative, sono spesso volte oggetto di indebita sovrapposizione. La necessità di operare una distinzione in tal senso deriva inoltre dal fatto che gli autori negazionisti cercano di far propria la “qualifica revisionista”, per ottenere una sorta di legittimazione intellettuale e accademica²⁸³. Ebbene, per definire il concetto di negazionismo occorre risalire al revisionismo, da cui il primo deriva e di cui è, a rigore, una degenerazione.

Con il lemma revisionismo si fa riferimento al fenomeno storiografico diretto a riesaminare e reinterpretare gli eventi storici alla luce di nuove conoscenze acquisite o di nuove evidenze²⁸⁴. Il revisionismo storico, di assoluta rilevanza nella pratica accademica, non implica necessariamente una negazione degli eventi storici consolidati, ma piuttosto un approccio critico e aperto alla ricerca della verità storica. Gli storici revisionisti, invero, si limitano ad offrire nuove interpretazioni degli eventi passati, dando spesso volte luogo a nuovi dibattiti e proponendo nuove prospettive, atteso che la storia non è in alcun modo esente da decostruzione²⁸⁵. L’idea ottocentesca che il compito dello storico sia unicamente mostrare

²⁸¹ In questi termini LEOTTA D., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio Armeno*, Cedam, Padova, 2016, pg.2.

²⁸² FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

²⁸³ PISANTY V., *L’irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998, pg.6.

²⁸⁴ FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, pg.XIII.

²⁸⁵ il concetto di decostruzione è stato introdotto dal filosofo francese Jacques Derrida e fa riferimento ad un approccio critico alla comprensione di testi letterari, filosofici e storici. La decostruzione, più nello specifico, mira a individuare e analizzare le incongruenze, le contraddizioni e le ambiguità all’interno di un’opera, mettendo in discussione le presunte certezze e le gerarchie di significato.

“come effettivamente le cose sono andate”²⁸⁶ è ormai obsoleta: gli eventi significativi del passato che dobbiamo chiarire, così come il significato che essi assumeranno nella narrazione storica che faremo, cambiano via via con il mutare dei costumi, della società e degli uomini che li interrogano. Si è pertanto asserito che “ogni storico che si rispetti è revisionista”²⁸⁷.

Ben diverso è l’approccio negazionista. Si fa anzitutto riferimento ad un termine, “negazionismo”, eminentemente polemico ed emerso in ambito storico e giornalistico per definire, con la massima chiarezza possibile, un preciso filone del revisionismo storiografico, ritenuto inaccettabile dai critici tanto nella sua metodologia quanto nei suoi risultati. Il negazionista, limitandosi a negare l’esistenza di eventi storici consolidati, analizza la storia “*a dispetto del dato*” servendosi di un metodo antiscientifico²⁸⁸ e aspirando, a differenza del revisionista, ad un riconoscimento senza confronto²⁸⁹. Attraverso l’uso spregiudicato e ideologizzato di uno scetticismo storiografico portato all’estremo, non si limita pertanto alla mera reinterpretazione di determinati fatti propri della storia contemporanea, bensì si spinge fino a negare l’esistenza dei medesimi. L’approccio negazionista, e proprio qui va colta l’evidente linea di demarcazione con il diverso approccio revisionista, si traduce in realtà in una vera e propria aberrazione della ricerca storica, un processo pseudoscientifico che prescinde dal dialogo e che mira unicamente alla difesa di un’ideologia (e soprattutto dei suoi crimini).

Per quanto attiene al profilo storico, va sottolineato come il termine “negazionismo”, nella sua accezione originaria, venisse riferito alla negazione – totale o parziale – dell’Olocausto, quale genocidio programmato degli Ebrei e consumatosi in Europa sotto il nazionalsocialismo, durante la seconda guerra mondiale. In dottrina, si parla infatti del negazionismo “olocaustico” quale modello degli altri negazionismi²⁹⁰. Invero, le prime tesi negazioniste emersero in Europa proprio nel secondo dopoguerra, ponendo in discussione tre distinti caratteri della *Shoah*: l’utilizzo delle camere a gas e, più in generale, le modalità di realizzazione del genocidio, la dimensione quantitativa dello sterminio e, in ultimo, l’intenzionalità degli eventi, suggerendo che non vi fosse alla base una pianificazione

²⁸⁶ Si fa qui riferimento alla formulazione di LEOPOLD VON RANKE, esponente più autorevole del positivismo storiografico dell’epoca.

²⁸⁷ PISANTY V., *Sul negazionismo, in Italia contemporanea*, 1998, n.21, pg.524.

²⁸⁸ FLORES M., *Revisionismo storiografico*, in Treccani. It., Enciclopedia italiana, VII, 2007.

²⁸⁹ FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, pg.XIV ss. Come sottolineato dallo stesso autore, mentre il revisionista storico cerca un dialogo all’interno del dibattito storiografico, il negazionista aspira invece ad un riconoscimento senza confronto.

²⁹⁰ In questi termini LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno (2015)*, Cedam, 2016, pg.6.

sistematica da parte del regime nazista per eliminare gli ebrei e gli altri gruppi etnici coinvolti²⁹¹. Il successo delle tesi negazioniste fu influenzato da motivazioni di natura squisitamente politica: le forze di estrema destra, invero, cercarono infatti di minimizzare le proprie responsabilità, negando gli orrori associati alle proprie scelte politiche, sia durante che dopo la seconda guerra mondiale. La negazione delle atrocità naziste venne quindi utilizzata quale strumento politico utile a riscrivere la storia e a promuovere nell'opinione pubblica una visione distorta del passato, con il fine ultimo di giustificare le ideologie e le azioni criminali portate avanti in quegli anni.

Va comunque ricordato come oggi venga fatto un uso più moderno²⁹² del concetto, che va ben oltre i meri confini dell'Olocausto e della sua negazione. Secondo la più recente dottrina, invero, vanno ricompresi nel suddetto fenomeno altri fatti storici, quali la negazione dei crimini contro l'umanità, di guerra e di genocidio. Si può fare riferimento, a titolo esemplificativo, al negazionismo del genocidio armeno, oggetto di discussione nella celebre vicenda "*Perincek c. Svizzera*", più avanti oggetto di specifica trattazione. Il negazionismo, adottando questa rinnovata prospettiva, viene quindi oggi definito (anche) in relazione al metodo utilizzato per perpetrare la condotta e non più, come invece avveniva in passato, avendo riguardo al suo mero contenuto specifico.

3.5.2 La Decisione Quadro 2008/913/GAI: il ritratto europeo della fattispecie di negazionismo.

Una volta definito e circoscritto il concetto di negazionismo, base imprescindibile per il proseguo della trattazione, occorre ora soffermarsi sulla Decisione Quadro 2008/913/GAI, già a più riprese menzionata nel presente elaborato. Benché l'Unione europea avesse assunto già a partire dal 1995 un orientamento punitivo volto alla penalizzazione del fenomeno negazionista²⁹³, bisognerà attendere il 2008 per addivenire alla consacrazione di questo stesso orientamento all'interno di uno strumento giuridico vincolante, quale la Decisione Quadro.

²⁹¹ La negazione circa l'intenzionalità dell'Olocausto, al pari delle altre negazioni attinenti alle modalità di condotta e alla dimensione quantitativa del fenomeno, è stata respinta da numerosi studi storici e prove documentali (documenti ufficiali, testimonianze oculari e ricerche accademiche).

²⁹² LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo* cit., pg.6 ss.

²⁹³ Relativamente al discorso negazionista, l'Unione è intervenuta per la prima volta nel 1996 con l'Azione Comune 96/443/GAI272, che costituisce l'antecedente storico della Decisione Quadro del 2008. Si tratta della prima misura che, sebbene non vincolate per gli Stati membri, definisce la condotta negazionista a livello europeo.

Quest'ultima, come rilevato in dottrina, ha aperto le porte ad una seconda stagione di penalizzazione del negazionismo²⁹⁴, confermando l'assoluta volontà delle istituzioni europee nel reprimere il fenomeno *de quo* mediante il ricorso allo strumento penale.

Va in *primis* rilevato come la Decisione in esame venne alla luce trascorsi ben sette anni dalla proposta avanzata dalla Commissione europea, a dimostrazione delle molteplici complessità associate al raggiungimento di un compromesso accettabile da tutti gli Stati membri²⁹⁵. L'*iter* di formazione fu piuttosto travagliato a causa delle sensibili differenze intercorrenti tra i singoli ordinamenti giuridici in tema di riconoscimento della libertà di espressione e, di riflesso, delle limitazioni ad essa collegate; tali divergenze, scaturenti da considerazioni di tipo culturale, storico, politico e giuridico, crearono non pochi problemi nella definizione di un terreno comune su come poter affrontare efficacemente il fenomeno negazionista e le diverse manifestazioni di razzismo e xenofobia attraverso lo strumento penale. Superate le difficoltà, la Decisione Quadro venne finalmente adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 28 giugno del 2008. Con essa l'UE invitò per la prima volta gli Stati membri ad adottare le misure necessarie volte ad incriminare: *"l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana sia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, e dei crimini di guerra quali definiti sia agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale"* [art. 1, c. 1. lett. c)],, sia *"dei crimini definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945"* [art. 1, c. 1, lett. d)], *"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 ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro"*.

Il negazionismo, alla luce di quanto appena riportato, viene quindi descritto come *"apologia, negazione o minimizzazione grossolana"* dei seguenti crimini internazionali: da un lato, genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale; dall'altro, quelli elencati dall'art.6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, ovvero i crimini commessi durante il regime nazista. In *primis*, occorre interrogarsi sul significato delle singole locuzioni utilizzate per rappresentare il *"nucleo del discorso negazionista"*.

²⁹⁴ In questi termini FRONZA E., *Il negazionismo come reato* cit., pg.71.

²⁹⁵ SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione* cit, pg.37 ss.

Per quanto attiene alle condotte di “negazione” e di “apologia” non sembrano evidenziarsi particolari scogli interpretativi: negare implica la contestazione circa l’esistenza che un dato fatto storico sia in concreto avvenuto (con riferimento all’Olocausto, per esempio, un negazionista potrebbe sostenere che non ci fu alcun sterminio degli ebrei durante la Seconda Guerra Mondiale), mentre fare apologia comporta l’esaltazione di un crimine o del suo autore (sempre a titolo esemplificativo, sostenere che Adolf Hitler fosse un eroe anziché un criminale). Di più difficile inquadramento è invece la condotta di “minimizzazione grossolana”. Ebbene, secondo l’interpretazione avanzata da autorevole dottrina, si fa riferimento ad una forma sicuramente più subdola rispetto alle precedenti: minimizzare significa ridurre l’importanza o la gravità di un dato crimine storico, rivitalizzandolo, svalutandolo e facendo così venir meno l’unicità e la rilevanza del medesimo²⁹⁶. Ed ecco che, avanzando questa linea interpretativa, anche affermazioni che si limitano alla minimizzazione di determinati fatti, quali “le camere a gas non sono altro che un mero dettaglio della storia”, vanno ricomprese in questa categoria. Ancora, l’immissione dell’aggettivo “grossolana”, da intendersi come “approssimativo” o “poco accurato”, mira a sottolineare il criterio discrezionale intercorrente tra espressioni lecite ed illecite in relazione al contesto e alla forma, garantendo maggior determinatezza alla condotta *de quo*.

Tra gli elementi di assoluta novità introdotti con la Decisione Quadro del 2008 nel dibattito tradizionale sul reato di negazionismo²⁹⁷, vi è poi il tema relativo all’oggetto delle condotte punibili. La tutela penale, come si evince peraltro dal mero dato letterale, non si limita più alla memoria dell’Olocausto, ma si estende ad una serie di crimini internazionali definiti all’interno dei Trattati e delle Convenzioni internazionali. Viene fatto riferimento, più nello specifico, tanto all’esperienza fondatrice per l’Europa mediante il rimando allo Statuto di Norimberga, quanto all’evoluzione dell’ordine giuridico internazionale con l’istituzione dello Statuto della Corte penale internazionale, oggetto di ratifica da parte dei 27 Stati membri. Questa nuova formulazione adottata in sede europea, sicuramente più ampia e aggiornata rispetto alla pregressa, ha pertanto determinato il passaggio definitivo ad un rinnovato reato di negazionismo “allargato”²⁹⁸, al fine di garantire un trattamento uniforme e non discriminante delle sofferenze umane.

²⁹⁶ FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, pg.18.

²⁹⁷ FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, pg.72.

²⁹⁸ LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n.3/2011.

Rispetto alle condotte prima esaminate, va ancora fatta una dovuta puntualizzazione. La Decisione Quadro del 2008, al fine di limitare l'area del "penalmente rilevante", subordina la punibilità delle condotte medesime a due distinti criteri di pericolosità. Anzitutto viene fatto riferimento al requisito della realizzazione pubblica della condotta: ciò implica che la negazione, l'apologia o la minimizzazione dei crimini devono avvenire in contesti o modalità che le rendano visibili o udibili da altri. Inoltre, secondo requisito, la condotta medesima deve essere idonea ad istigare alla violenza e all'odio. In altri termini, la norma lungi dal penalizzare il negazionismo *tout court*, bensì richiede che la condotta in concreto posta in essere sia qualificabile come istigazione indiretta e pertanto idonea a creare un pericolo concreto per il bene giuridico protetto²⁹⁹, ascrivibile in questo caso specifico all'ordine pubblico e alla coesione sociale.

In aggiunta a questi elementi restrittivi, un altro aspetto di assoluta rilevanza riguarda la tecnica individuale individuata dal legislatore europeo per mitigare il rischio di un'eccessiva limitazione della libertà di espressione. La Decisione Quadro, invero, contiene al suo interno diverse clausole addizionali di offensività, plasmate sui diversi modelli di incriminazione presenti negli Stati membri³⁰⁰, che attenuano l'effettivo impatto dell'armonizzazione. Queste clausole agiscono come "elementi opzionali" che possono essere integrati nella fattispecie durante la trasposizione interna, al fine di circoscrivere il suo ambito di applicazione e, di riflesso, limitare il numero di comportamenti considerati illeciti. L'introduzione di queste clausole addizionali, come opportunamente rilevato in dottrina, è dunque finalizzato a dissipare eventuali sospetti di incostituzionalità³⁰¹.

Più nello specifico, il secondo paragrafo dell'art.1 della Decisione Quadro riserva agli Stati membri la facoltà di punire "*solo i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico, o che siano minacciosi, offensivi o ingiuriosi*". Questa prima clausola richiama rispettivamente il modello tedesco, dove la punibilità è subordinata - almeno in astratto - all'elemento della messa in pericolo della pace pubblica, e quello inglese per quel che attiene invece all'ultima

²⁹⁹ Accoglie positivamente la circoscrizione della punibilità all'istigazione indiretta SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012, pg.107. Negli stessi termini anche LEOTTA D., *Limiti penalistici alla libertà di espressione* cit., pg.69. Fintanto che un'offesa non si trasforma in un'istigazione all'odio e alla violenza, secondo l'impostazione avanzata dall'autrice, l'ordinamento penale dovrebbe tollerarla e astenersi dall'intervenire con misure repressive. Questo perché sanzionare un'offesa potrebbe danneggiare gravemente la libertà di espressione, intesa quale libero scambio di idee all'interno della società democratica.

³⁰⁰ LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo* cit., pg.136.

³⁰¹ FRONZA E., *Il negazionismo come reato* cit., pg.76-78.

parte³⁰². La seconda clausola, ispirata questa volta al modello francese e contemplata all'interno del quarto paragrafo, rende inoltre possibile (non vi è alcun obbligo) agli Stati membri l'inserimento – sempre in sede di trasposizione - di un ulteriore elemento nella tipizzazione del reato³⁰³. La punibilità della negazione o della minimizzazione grossolana – e quindi non dell'apologia - potrà essere circoscritta alle espressioni riguardanti solo quei crimini internazionali che siano stati accertati da una decisione passata in giudicato emessa da un tribunale internazionale e/o da un organo giurisdizionale interno. Va detto come questa previsione sia stata ampiamente criticata dai teorici del diritto, poiché di fatto conferisce al tribunale la possibilità di specificare quali siano le memorie tutelabili³⁰⁴; questo significa che eventi quali il genocidio degli armeni, non ancora giudizialmente stabiliti, sarebbero emarginati dall'ambito di tutela. Il rischio più evidente, in altri termini, è quello di originare una gerarchia delle memorie storiche e dei negazionismi, alimentando la distinzione tra “*memorie forti e memorie deboli*”³⁰⁵.

Dall'esegesi delle clausole di offensività contenute nella Decisione Quadro 2008/913/GAI emerge come l'effetto di armonizzazione sia limitato principalmente al recepimento delle condotte punibili e dell'oggetto delle medesime, ovvero all'*an* dell'incriminazione; per quanto attiene al *quomodo*, è invece garantito agli Stati membri un ampio margine di manovra. Conclusivamente, va inoltre rilevato come la normativa in questione non vincoli gli Stati membri all'introduzione di una specifica fattispecie criminale finalizzata a reprimere il fenomeno negazionista, questo purché le espressioni negazioniste rientrino nei confini della normativa esistente per contrastare l'*hate speech*. Queste riflessioni finali avvalorano la tesi, a più voci sostenuta in dottrina³⁰⁶, secondo cui il vero obiettivo perseguito dall'intervento legislativo in materia sia stato in realtà quello di confermare l'esistenza di un'identità europea.

³⁰² Il riferimento in questo caso è all'art. 18 *Public Order Act* 1986.

³⁰³ E' in ogni caso richiesta una dichiarazione in tal senso da parte dello Stato membro che intende servirsi della clausola *de quo*.

³⁰⁴ Come opportunamente rilevato da LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo* cit., pg.26 ss. A sollevare le stesse criticità in materia è anche FRONZA E., *Il negazionismo come reato* cit., pg.75.

³⁰⁵ Espressione utilizzata da FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)*, in Enc. dir., Annali VIII, 2015 (dir. pen.), pg.641.

³⁰⁶ PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in DPC (ed. web), 2016, pg.8. In tal senso anche STOIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale vigente*, Giuffrè, 2007, pg.97.

3.5.3 Il negazionismo nella giurisprudenza di Strasburgo: l'anomalia del caso “*Perincek c. Svizzera*”.

Attenendosi sempre alla dimensione sovranazionale, occorre ancora dedicare qualche riflessione all'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) sul tema. Anche la Corte di Strasburgo, invero, ha da sempre attribuito assoluta rilevanza alle espressioni negazioniste, affermando ripetutamente nelle sue pronunce il contrasto delle espressioni medesime con l'assetto valoriale che fa da sfondo alla Convenzione, con particolare riferimento agli ideali di pace e di giustizia³⁰⁷. In altre parole, la Corte europea ha a più riprese escluso che il negazionismo, proprio in quanto antitetico ai valori fondamentali sanciti dalla Convenzione, potesse essere considerato alla stregua di una semplice opinione e, in quanto tale, protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero. Le condanne inflitte negli anni dai tribunali nazionali alle opinioni negazioniste sono quindi state ritenute pienamente compatibili con il dettato convenzionale, in particolar modo con l'art.10 CEDU (il quale tutela la libertà di espressione), in forza del principio per cui *"nessun diritto fondamentale può essere invocato per compiere un atto mirante a distruggere i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione"*³⁰⁸.

La Corte di Strasburgo ha pertanto asserito, con giurisprudenza costante, che la negazione di fatti storici consolidati si traduce in un abuso della libertà di parola, ai sensi dell'articolo 17 del dettato convenzionale. Secondo i giudici europei, queste condotte vanno infatti distinte dalla ricerca storica autentica, in quanto dirette a *"riabilitare il regime nazista e ad accusare le vittime stesse di falsificazione della storia. Perciò, la negazione dei crimini contro l'umanità costituisce una delle più gravi forme di diffamazione razziale e di incitamento all'odio contro gli ebrei"*³⁰⁹. Tuttavia, la Corte ha altresì precisato che affinché una condanna per negazionismo possa ritenersi giustificata, i fatti storici contestati devono essere chiaramente stabiliti. Ciò significa, in altri termini, che la Corte si è “chiamata fuori”

³⁰⁷ Per un approfondimento relativo all'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia di negazionismo si rimanda a LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in Riv. it. dir. proc. pen., fasc. 4., 2014, pg.1815 ss.

³⁰⁸ Citazione estrapolata dal caso *Marais c. France*, 24 giugno 1996, 31159/96. Il caso in questione riguarda un cittadino francese, Vincent Marais, che nel 1995 era stato condannato dalla Corte d'appello di Lione per aver negato l'esistenza della Shoah e per aver pubblicamente esposto opinioni antisemite. Marais contestò questa decisione presso la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sostenendo che la condanna violasse la sua libertà di espressione, sancita dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte europea dei diritti dell'uomo esaminò il caso e nel 2006 emise una sentenza in cui stabilì che la condanna di Marais non violasse in alcun modo il disposto convenzionale. La Corte, invero, ribadì che la negazione dell'Olocausto e la diffusione di idee antisemite rappresentano un abuso del diritto alla libertà di espressione.

³⁰⁹ Si fa qui riferimento alla pronuncia *Garaudy c. France*, 24 giugno 2003, 65831/01.

dall'impellenza di risolvere controversie storiografiche in corso, basandosi, all'opposto, su eventi accertati e ben documentati.

I principi fin qui esposti hanno rappresentato una costante nella giurisprudenza europea, limitatamente ai ricorsi in materia di negazionismo dell'Olocausto. In questo quadro si è però inserita una pronuncia, la celebre sentenza *Perinçek c. Svizzera*³¹⁰, che pare aver costituito una svolta – o meglio un'inversione di tendenza – nella trentennale giurisprudenza della Corte. Per comprendere le conclusioni raggiunte dai giudici di Strasburgo, chiamati ad affrontare per la prima volta la contestazione della natura genocidiaria dell'eccidio compiuto contro il popolo armeno nel 1915, è necessario delineare brevemente il caso oggetto della controversia.

La vicenda riguarda Doğu Perinçek, capo del Partito Turco dei Lavoratori, condannato in Svizzera nel 2005 per opinioni negazioniste relative, come detto poco fa, al genocidio degli armeni. Perinçek fa quindi ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione della libertà di espressione: secondo il ricorrente quei crimini sarebbero stati sì commessi, ma per esigenze di natura bellica e senza essere connotati dalla *voluntas* specifica – essenziale per la sussistenza del crimine di genocidio – di distruggere il popolo armeno. La Sezione II della Corte di Strasburgo accoglie il ricorso nel 2013 ma, su esplicita richiesta del Governo svizzero, la causa viene successivamente portata alla Grande Camera. Entrando nel merito della questione, la Corte verifica se l'incriminazione *de quo* possa ritenersi conforme al secondo paragrafo dell'articolo 10 CEDU, cioè se essa possa intendersi come una limitazione “*stabilita dalla legge, che persegua un interesse legittimo e sia necessaria in una società democratica*”³¹¹.

Ebbene, i giudici di Strasburgo confermano che l'applicazione della legge svizzera (nello specifico l'articolo 261-*bis* c.4 del codice penale svizzero), che ha determinato la condanna del ricorrente, risulta rispettosa dei primi due requisiti. Nessun sospetto si pone dunque circa la previsione legale della condotta, la quale, in quanto diretta a tutelare l'onore delle famiglie delle vittime, persegue *sine dubio* un interesse legittimo.

³¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08, 15 ottobre 2015.

³¹¹ Art. 10 CEDU [par.2]: “[...] 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

La Corte, ed è proprio questo il tema più rilevante ai nostri fini d'indagine, deve però valutare la necessità della misura limitativa in una società democratica, terzo ed ultimo requisito fatto proprio dal secondo paragrafo dell'art. 10 CEDU. Dopo aver operato un attento bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione del ricorrente e le esigenze di tutela dei gruppi la cui identità e dignità siano significativamente connesse ad eventi passati di vittimizzazione di massa (ricondotte all'ambito di protezione dell'art. 8 CEDU: “*diritto al rispetto della vita privata e familiare*”), capovolge di fatto la sentenza di primo grado. Senza ripercorrere partitamente i singoli criteri fatti propri dai giudici europei per condurre questa complessa opera di ponderazione dei diversi interessi in gioco³¹², la Grande Camera conclude che la restrizione della libertà di opinione, segnatamente perché di tipo penalistico, non fosse necessaria in una società democratica, aggiungendo che la Svizzera appare aver condannato Perinçek per un'opinione che divergeva da quella ufficiale, con conseguente violazione dell'art.10 della Convenzione³¹³.

La sentenza in commento, che - come detto - rappresenta una sorta di *unicum* in tema di negazionismo, ha destato qualche perplessità in sede dottrinale. Sicuramente ha il merito di aver circoscritto l'ambito di applicazione dell'art. 17 CEDU - il cui utilizzo disinibito potrebbe fornire ampia legittimazione ai reati di opinione³¹⁴- e, in parallelo, di aver opportunamente circostanziato il criterio della necessità dell'incriminazione in una società democratica. Nel caso di specie, invero, i giudici sottolineano che l'art. 17 CEDU è applicabile solo “su basi eccezionali e in casi estremi”. Secondo il collegio, quando la libertà in discussione è quella di espressione, il richiamo alla clausola dell'abuso del diritto è legittimo solo qualora sia “immediatamente chiaro” che il ricorrente abbia provato ad esercitare il suo diritto per scopi inconfutabilmente antitetici ai valori della Convenzione. Secondo la prospettiva adottata dalla Corte, dunque, il punto decisivo per decidere dell'applicazione dell'art.17 è stabilire se il ricorrente, tramite le affermazioni in questione, abbia provato a “diffondere intolleranza o violenza” e se, in questo modo, abbia inteso “fare

³¹² I criteri presi in esame sono di seguito illustrati: a) la natura delle dichiarazioni del ricorrente; b) il contesto in cui si realizza l'interferenza tra il diritto alla manifestazione del pensiero ed un altro diritto; c) la portata (“*extent*”) offensiva della dichiarazioni rispetto ai diritti dei membri; d)) l'esistenza o meno di un consenso tra gli Stati parte; e) l'esistenza di obblighi internazionali di incriminazione; f) le ragioni in base alle quali lo Stato motiva il provvedimento di condanna del ricorrente; g) la severità della limitazione. Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, par.255-280.

³¹³ Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, par.280.

³¹⁴ In questi termini LOBBA P., *Un “arresto” della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 2014, pg.7 ss.

affidamento sulla Convenzione” per capovolgerne la funzione³¹⁵. L’abuso del diritto, con la sentenza *de quo*, torna così nuovamente ad essere considerato quale dispositivo di *extrema ratio*³¹⁶, la cui applicazione è vincolata alla sussistenza di un comportamento qualificato da istigazione all'odio o alla violenza di natura razziale, o da un'offesa alla dignità delle vittime coinvolte in crimini di massa.

Come anticipato, autorevole dottrina sottolinea però alcune criticità. In *primis*, la Corte sembra confermare la singolarità della Shoah, stabilendo una gerarchia tra gli eventi storici e, di conseguenza, tra le vittime coinvolte³¹⁷. Con riferimento alla negazione dell'Olocausto, sempre secondo i giudici europei, le leggi nazionali che puniscono i discorsi d'odio non possono essere valutate attraverso un bilanciamento tra gli articoli 10 e 8 della CEDU; in tali casi, invero, la Corte applica costantemente l'articolo 17 del dettato convenzionale. Fare dichiarazioni negazioniste dell'Olocausto, per la Corte di Strasburgo, significa dunque abusare *omni tempore* della libertà di espressione³¹⁸, traducendosi sempre in un'offesa agli ebrei, in quanto gruppo religioso e in quanto popolo. All'opposto, quando invece il discorso d'odio mira a negare un genocidio diverso dall'Olocausto, ecco il primo cortocircuito argomentativo, la *Grande Chambre* puntualizza la necessità di "contestualizzare" l'affermazione incriminata, tenendo in considerazione diversi fattori – di ordine storico, fattuale e normativo - e valutando l'esistenza di persone che potrebbero effettivamente sentirsi offese da tali discorsi³¹⁹.

Ma le maggiori criticità della decisione riguardano il criterio del contesto geografico, storico e temporale utilizzato dai giudici europei per addivenire alla decisione finale, il quale rischia di mettere in crisi la protezione universalistica dei diritti umani, sottesa dalla stessa Convenzione. Dalla lettura della sentenza si evince infatti quanto segue: “*tanto più gli eventi storicamente controversi sono lontani, nel tempo e nello spazio, rispetto alle affermazioni negazioniste, tanto meno la sanzione è conforme alla necessità di limitare la libertà di espressione*”³²⁰. Ebbene, come opportunamente sottolineato da autorevole dottrina, un ragionamento di questo tipo non può che essere alquanto discutibile: le legislazioni che

³¹⁵ DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano. Per una democrazia tollerante, anziché "militante"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pg.89.

³¹⁶ DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione cit.*, pg.89.

³¹⁷ FRONZA E., *Negazionismo cit.*, pg.643.

³¹⁸ In questi termini CIERVO A., *La relatività del male. Alcune osservazioni a prima lettura sulla sentenza Perinçek contro Svizzera della Grande Chambre*, in *Questione Giustizia*, 2015.

³¹⁹ CIERVO A., *La relatività del male cit.*

³²⁰ DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione cit.*, pg.93.

reprimono il negazionismo di un genocidio, giuste o sbagliate che siano, sono volte a reprimere penalmente quanti negano l'esistenza di un crimine contro l'umanità che peraltro, tecnicamente, una volta commesso, può essere perseguibile d'ufficio per un periodo di tempo indeterminato³²¹. Il lasso temporale di circa novant'anni intercorrente tra il genocidio degli armeni e le dichiarazioni del ricorrente non dovrebbe pertanto attenuare in alcun modo la sua responsabilità penale; analogamente, nonostante siano passati circa settant'anni dalla Shoah, negarla costituisce comunque un discorso d'odio razzista, secondo la Corte di Strasburgo. In alcuni sistemi giuridici, sempre in chiave critica, le leggi che puniscono il negazionismo sono state introdotte proprio con l'obiettivo precipuo di preservare la memoria di determinati eventi storici, per ovvie ragioni sempre più remoti nel tempo.

Conclusivamente, si può dunque rilevare come il caso *Perinçek c. Svizzera* sottolinei, una volta di più, la complessità del fenomeno negazionista, evidenziando inequivocabilmente come non esistano, in questo ambito specifico, soluzioni semplici o definitive per affrontarlo. In particolare, va rifiutata l'idea che la ricerca storica possa sempre difendersi da sola contro il negazionismo, poiché questo tipo di disinformazione può avere un impatto significativo sull'opinione pubblica e sulla percezione degli eventi storici medesimi. Allo stesso tempo, si deve altresì contestare l'idea che l'incriminazione del negazionismo debba dipendere esclusivamente dall'atteggiamento dello Stato democratico nei confronti di tale fenomeno. Il problema del negazionismo, per concludere, richiede pertanto un approccio complesso, che tenga conto di molteplici fattori, tra cui la tutela della libertà di espressione, la promozione della ricerca storica accurata e la prevenzione della diffusione di falsità storiche finalizzate ad alimentare l'odio e il pregiudizio.

3.6 Il “volto” italiano del reato di negazionismo: l'adattamento dell'ordinamento interno alle pressioni legali europee.

Muovendo da queste premesse, possiamo ora trasferire l'indagine al quadro normativo interno. Nonostante un acceso e prolungato dibattito parlamentare protrattosi per dieci anni relativo all'introduzione del reato di negazionismo nel nostro ordinamento, fino al giugno del 2016 l'Italia rientrava tra le tante realtà europee prive di una specifica figura criminale

³²¹ CIERVO A., *La relatività del male* cit.

relativa al fenomeno *de quo*³²². L'inerzia del legislatore italiano nel definire il reato di negazionismo, almeno secondo parte della dottrina³²³, riflette una carenza di consapevolezza riguardo al proprio passato storico. Una mancanza, quest'ultima, che potrebbe essere attribuita anche all'assenza di una memoria condivisa circa la partecipazione e il ruolo assunto dal governo italiano dell'epoca al tragico sterminio del popolo ebreo.

Nel contesto normativo nazionale, questo va detto, sono comunque stati molteplici i tentativi finalizzati all'introduzione di una figura delittuosa volta a reprimere le condotte negazioniste; proposte che si sono susseguite ciclicamente, spesse volte in concomitanza con eventi commemorativi o situazioni di rilevanza mediatica strettamente legate a dichiarazioni negazioniste.

Prima di procedere all'analisi dettagliata della fattispecie, introdotta con la legge n. 115 del 16 giugno 2016, è dunque essenziale esaminare le diverse proposte legislative pregresse, al fine di comprendere appieno il contesto normativo e la natura giuridica della disposizione legislativa approvata.

3.6.1 L'iter normativo della fattispecie di negazionismo e la conseguente introduzione nel codice penale.

Il percorso legislativo finalizzato all'introduzione di una normativa *ad hoc* in tema di negazionismo è stato caratterizzato, almeno in Italia, da una serie di proposte, discussioni e modifiche che, come anticipato, si sono susseguite periodicamente nel corso degli ultimi decenni. Nel 2007, l'allora ministro di Grazia e Giustizia Clemente Mastella avanza una proposta di legge per introdurre nel codice penale i reati di istigazione e apologia dei crimini contro l'umanità. Questa proposta, sebbene annunciata poco prima del Giorno della Memoria, non viene però mai approvata, principalmente a causa delle obiezioni della comunità storica³²⁴, favorevole ad una soluzione basata su una battaglia culturale ed educativa piuttosto che sulla minaccia della pena. Negli anni a seguire si torna periodicamente a discutere del negazionismo in risposta ad eventi e iniziative specifiche, ma nessuna proposta legislativa

³²² In questi termini VIGEVANI G.E., *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, "Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti", n.4/2014, pg.209.

³²³ Su tutti BIFULCO D., *Negare l'evidenza: diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Franco Angeli, 2012, pg.77.

³²⁴ Su tutti PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, II, 2008, pg.287 ss.

concreta viene avanzata fino al 2012, quando un gruppo di senatori (peraltro provenienti da frange politiche opposte) sottopone al dibattito parlamentare un disegno di legge finalizzato, per la prima volta, all'introduzione del reato di negazionismo³²⁵. Anche in questo caso, però, l'iniziativa – seppur meritoria – ha scarso successo, principalmente per il sorgere di controversie riguardanti la definizione dei crimini oggetto di negazione e le modalità di punizione³²⁶. Un anno più tardi, nel 2013, viene presentato al Senato un nuovo disegno di legge, ma - anche in questo caso - non si addivene ad un punto di incontro sulle disposizioni proposte.

L'inversione di tendenza avviene, come detto, nel 2016: dopo una lunga serie di emendamenti e discussioni, viene infatti finalmente approvata - con la legge n.115 del 2016 - la prima disposizione in tema di negazionismo, la quale recita quanto segue: *“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 legge, che colloca la fattispecie nel comma 3-bis dell'art.3 della Legge n.654 del 1975, benché abbia indubitabilmente rappresentato un significativo passo avanti nella lotta contro il fenomeno negazionista nel nostro Paese, è stata oggetto di ulteriori “aggiustamenti” normativi. La disamina dell'iter legislativo non può dunque dirsi conclusa.

La disposizione menzionata, invero, è stata poi ulteriormente integrata dalla legge del 20 novembre 2016 n.167, finalizzata a garantire compiuta attuazione alla Decisione Quadro 2008/913/GAI e a modellare il disposto *de quo* alle indicazioni espresse dalla Commissione europea in materia³²⁷. Tale integrazione ha comportato la modifica del comma 3-bis dell'art. 3 della legge del 1975, implementando le condotte di minimizzazione in modo grave e di

³²⁵ Cfr. Disegno di legge n.3511 comunicato alla Presidenza del Senato l'8 ottobre del 2012, primo firmatario Amati, in Att. Parl.Sen., XVI legislatura, doc. n.3511.

³²⁶ Il progetto non ottenne così l'approvazione della Commissione Giustizia, che chiese la rimessione all'Assemblea. Tuttavia, a causa dell'interruzione della legislatura, non fu possibile esaminarlo in sede referente.

³²⁷ La Commissione europea ha sollevato alcune questioni riguardanti il recepimento della Decisione Quadro 2008/913/GAI da parte dell'Italia nell'ambito della procedura EU Pilot 8184/15/JUST. Quest'ultima altro non è che un'importante strumento di dialogo tra le istituzioni europee e gli Stati membri, mirato a prevenire l'avvio di procedure di infrazione. La Commissione ha sollevato alcuni dubbi sull'effettivo adempimento da parte dell'Italia agli obblighi derivanti dalla Decisione Quadro, sottolineando la necessità di un recepimento completo e adeguato delle disposizioni in questione. Per l'esame dettagliato della procedura contenziosa v. *Legge penale europea 2017*, A.C 4505, in Dossier XVII Legislatura, maggio 2017, pg.16 ss.

apologia. Inoltre, ulteriore rettifica normativa esplicitamente prevista dall'art.5 della Decisione Quadro, il negazionismo è stato opportunamente ricompreso nell'alveo dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti³²⁸. In ultimo, con il già a più riprese menzionato decreto legislativo n.21 del 2018, le fattispecie di negazionismo sono state incorporate all'ultimo comma dell'art.604-bis c.p., dando così opportuna attuazione alla riserva di codice in materia penale³²⁹. L'articolo in questione, all'ultimo comma, recita oggi quanto segue:” *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*”.

Come giustamente rilevato in sede dottrinale, quest'ultima riforma legislativa presenta una peculiarità interessante: benché la formulazione della norma replichi sostanzialmente l'abrogato art.3 della legge del 1975, introduce un nuovo elemento “progressista”. L'unica innovazione, invero, attiene all'oggettività giuridica tutelata, rappresentata dall'uguaglianza, come peraltro facilmente evincibile dalla rubrica della sezione I-bis in cui il reato è trasposto. Si tratta di un chiaro tentativo da parte del legislatore di rispondere al dibattito accademico e giurisprudenziale riguardante l'individuazione del bene giuridico tutelato, variamente identificato nel concetto di ordine pubblico o nella dignità umana³³⁰. Inoltre, è da notare che la nuova formulazione elimina il riferimento alla legge di ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, presente nella normativa pregressa, il che potrebbe essere motivato dalla volontà di semplificare la struttura sintattica della norma, pur mantenendo invariata la medesima sotto il profilo sostanziale.

Questa riforma, come emerge dalle considerazioni appena svolte, si limita pertanto ad una riorganizzazione topografica della normativa, senza apportare sostanziali modifiche sul piano squisitamente contenutistico; si potrebbe legittimamente parlare di *un'abrogatio sine abolitione*³³¹: termine latino utilizzato nel contesto legale per indicare quelle ipotesi in cui una norma, benché formalmente abrogata, continua ad esplicare i medesimi effetti giuridici,

³²⁸ Art. 25-terdecies, D. Lgs. 8 giugno 2001, n.23.

³²⁹ DONINI M., *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, n.4/2018, pg.429 ss.

³³⁰ Per un approfondimento sul tema v. Cap. III, par. 3.2.

³³¹ Espressione discussa principalmente dagli studiosi del diritto romano e della storia del diritto.

poiché la sua sostanza o contenuto sono di fatto mantenuti o ricollocati in un'altra parte dell'ordinamento giuridico.

3.6.2 La natura giuridica della fattispecie: titolo autonomo di reato o circostanza aggravante?

Ad essere particolarmente controversa è la questione relativa alla natura giuridica della nuova disposizione. La domanda, oggetto di aperto dibattito in sede dottrinale, è la seguente: si deve considerare il negazionismo come un'ipotesi circostanziata aggravata di istigazione o, in alternativa, una nuova fattispecie criminosa dotata di una propria autonomia, apprezzandone il disvalore autonomo di fattispecie incentrata sulla lesione della dignità della persona, nella sua doppia accezione, individuale e collettiva, così come recepita dai crimini internazionali?³³² Ebbene, mentre la dottrina dominante preferisce la prima lettura³³³, ci sono alcune voci isolate che tendono a qualificare il nuovo comma 3-bis in termini di reato autonomo³³⁴. Data la totale mancanza di pronunce guida provenienti dalla Suprema Corte, ci troveremo ad affrontare l'argomento basandoci sui criteri elaborati dalla giurisprudenza per risolvere questioni analogamente dubbie, per poi valutare più da vicino le implicazioni pratiche derivanti dalle due interpretazioni divergenti. Va in *primis* rilevato come il *subjecto* attinente alla qualificazione giuridica della fattispecie rappresenti un problema di assoluta ricorrenza per gli studiosi del diritto penale, tanto che la dottrina più autorevole lo inquadra quale “*ordinario problema di interpretazione della legge*”³³⁵. Gli studiosi del settore si trovano spesso di fronte ad una serie di situazioni grigie, difficili da classificare in modo netto; invero, sebbene il principio di legalità - pilastro del nostro ordinamento giuridico - dovrebbe guidare il legislatore nella formulazione degli elementi costitutivi e accessori del reato, spesso non è facile definire il confine discrezionale intercorrente tra titolo autonomo e circostanza. Il compito di stabilire, il più possibile puntualmente, la natura di una determinata disposizione giuridica

³³² Così VENAFFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, La legislazione penale, 2018, pg.15.

³³³ FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in Riv.it. dir. proc. pen., n.2/2016, pg.1016 ss. Negli stessi termini anche PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in Diritto penale contemporaneo, n.4/2015, pg.326 ss. LEOTTA C.D., *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste nell'ordinamento italiano* cit., pg.588 ss.

³³⁴ Tra questi VENAFFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo* cit., pg.11 ss.

³³⁵ In questo senso VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall'evento”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1975, pg.41.

spetta pertanto alla dottrina e alla giurisprudenza, le quali hanno nel tempo elaborato alcuni criteri di distinzione, suddivisibili in criteri forti e criteri deboli³³⁶.

I primi indicano quando una fattispecie possa qualificarsi come reato autonomo, ovvero integri una circostanza in senso tecnico, in modo altamente persuasivo³³⁷; si fa pertanto riferimento a quei criteri che consentono una qualificazione definitiva di una data fattispecie. Tra questi va anzitutto menzionato il rapporto di specialità, che ricorre quando la fattispecie circostanziale include tutti i requisiti del reato-base, con l'aggiunta di elementi specializzanti. Questo criterio, benché "*condicio sine qua non della qualificazione di un elemento come circostanza*", non è però da solo sufficiente per classificare la disposizione, atteso che un reato ben può essere speciale rispetto ad un altro reato³³⁸. Un secondo criterio forte è rappresentato dalla formulazione utilizzata dal legislatore per stabilire la pena associata alla disposizione incerta. Qualora dovessero ricorrere particolari espressioni che indicano un aumento o una diminuzione della pena, senza specificare il grado di variazione (*quantum*) della medesima, quest'ulteriore criterio forte si trasforma in "*un indizio univoco della voluntas legis in ordine alla qualificazione circostanziale o essenziale del fatto*"³³⁹. L'ultimo criterio ascrivibile alla prima categoria è infine costituito dal rinvio esplicito alla disciplina delle circostanze di cui all'art.69 del codice penale: in quest'ultimo caso, invero, non vi è alcun dubbio circa la qualificazione della disposizione come circostanza³⁴⁰.

I criteri che vengono definiti deboli, per converso, forniscono all'interprete indicazioni meramente *orientative*³⁴¹ e, proprio per questa ragione, assumono un significato univoco solo in via sussidiaria, ovvero quando l'analisi dei criteri forti non è sufficiente a dissipare ogni

³³⁶ La distinzione comprende un'ultima categoria di "criteri inutili", di cui fanno parte tutti quelli non proponibili o obsoleti, BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in Aa.Vv., Studi in onore di F. Coppi, Torino 2012, pg.20. I criteri *de quo* sono sintetizzati nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 221663, del 26 giugno 2002.

³³⁷ In tal senso SCOTTO ROSATO A.S., Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo (Critical Remarks About the New "Crime" of Denial), *Diritto Penale Contemporaneo*, pg.285.

³³⁸ La Suprema Corte, nella sentenza Fedi, ricorda proprio il carattere non sufficiente del criterio della specialità, richiamando l'esempio del delitto (autonomo) di oltraggio a magistrato in udienza ex art. 343 c.p., in rapporto di specie a genere con la fattispecie generale del reato di ingiuria ex art. 594 c.p. (abrogata dall'art. 1 del D.lgs. 15 gennaio 2016 n.7). Proseguendo, la Corte precisa "*che non esiste alcuna differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (o accidentali) del reato, atteso che questi elementi si possono distinguere solo in base alla disciplina positiva che ne stabilisce il legislatore*". Cfr. Corte di Cassazione n. 221663 del 2002.

³³⁹ SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, pg.285.

³⁴⁰ Così PADOVANI T., *Circostanze del reato*, in DDP 1988, vol. II, pg.197.

³⁴¹ In questi termini BASILE F., *Reato autonomo o circostanza cit.*, pg.27.

dubbio, e solo cumulativamente, nel senso che devono convergere verso lo stesso risultato³⁴². Tra questi, quelli più comunemente citati per sostenere la tesi del negazionismo in termini di circostanza aggravante sono la descrizione *per relationem* e la collocazione topografica della norma. Secondo il primo criterio, quando la disposizione rinvia in maniera esplicita ad un'altra fattispecie, ci si troverebbe di fronte ad una circostanza, ammesso che possa essere individuato il rapporto di *species a genus* tra le due. Il secondo criterio debole, rappresentato come detto dalla collocazione topografica, ricorre invece quando la fattispecie dubbia è descritta nella stessa norma del reato base, cui la prima si riferisce³⁴³. In ultimo, rimane la possibilità di rifarsi all'*intentio legis* che fa da sfondo all'intervento normativo; tuttavia, come emerge limpidamente dall'analisi dei lavori preparatori sul tema, le perplessità e i dubbi spesso volte involgono, a monte, le stesse intenzioni del legislatore, ancor prima di interessare la fattispecie dibattuta³⁴⁴.

Ebbene, la *quaestio* relativa alla qualificazione giuridica non riguarda solamente gli aspetti puramente teorici, ma ha implicazioni significative tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale. Per quanto riguarda la disposizione in esame, queste implicazioni influenzano notevolmente l'esito e le modalità di contrasto al fenomeno negazionista. Tra le più rilevanti vi è in *primis* il bilanciamento ai sensi dell'articolo 69 c.p., il quale riguarda esclusivamente le circostanze. Se il nuovo comma 3-*bis* avesse introdotto un'aggravante per il negazionismo del reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, questa sarebbe in confronto/scontro con eventuali attenuanti, il che potrebbe verosimilmente condurre alla disapplicazione degli aumenti di pena previsti³⁴⁵. Vi sono poi due ulteriori implicazioni, relative al luogo del reato (*tempus commissi delicti*) e ai criteri di imputazione della responsabilità. La prima questa questione assume un'importanza cruciale quando si tratta di determinare il momento in cui il reato viene consumato: se il negazionismo fosse considerato una circostanza aggravante, il *tempus commissi delicti* corrisponderebbe al momento in cui si consuma il reato principale di propaganda e istigazione razziale. All'opposto, se la fattispecie *de quo* venisse qualificata in termini di reato autonomo, atteso che la disposizione è configurata secondo il modello dei reati di pericolo concreto, il

³⁴² BASILE F., *Reato autonomo o circostanza cit.*, pg.40.

³⁴³ In tal senso GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano 1988, pg.61. L'autore definisce tale criterio "un limitatissimo argomento interpretativo".

³⁴⁴ In questi termini SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, pg.285.

³⁴⁵ SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, pg.286. Come opportunamente sottolineato da GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano 1988, pg.164, va in ogni caso ricordata l'assenza nella fattispecie *de quo* del divieto di prevalenza e di equivalenza.

negazionismo giungerebbe a consumazione nel momento e nel luogo in cui si verifica il pericolo effettivo di diffusione.

La seconda implicazione, di assoluta rilevanza sempre sotto il profilo pratico, attiene all'imputazione della responsabilità. Le circostanze aggravanti, invero, sono imputate al soggetto agente solo se da lui conosciute o ignorate per colpa, o considerate inesistenti a causa di un errore colposo. Ciò detto, la legislazione introdotta in Italia per avversare il fenomeno negazionista non si limita ai crimini conclamati e ampiamente noti. In alcuni casi, dunque, la propaganda di idee fondata sull'odio razziale, etnico, religioso o nazionale potrebbe essere aggravata dalla negazione dei “crimini di genocidio, contro l'umanità o di guerra” solo nella misura in cui il soggetto agente fosse consapevole della falsità delle sue affermazioni e, quindi, a conoscenza del fatto che gli eventi negati abbiano effettivamente avuto luogo; ovvero, ipotesi alternativa, nel caso in cui non potesse rendersi conto della realtà di tali eventi e l'ignoranza fosse il risultato di un errore colposo a lui imputabile. Al contrario, come sottolineato in dottrina, la qualificazione del negazionismo in termini di reato autonomo condurrebbe all'imputabilità della negazione unicamente a titolo di dolo³⁴⁶.

3.6.3 Possibili soluzioni alla luce dei criteri discretivi esposti.

Durante i lavori parlamentari, il dibattito relativo alla natura giuridica del negazionismo è emerso chiaramente, evidenziato dai documenti che circolavano tra la Camera dei deputati e il Senato. Mentre inizialmente sembrava che l'intento legislativo fosse quello di introdurre una figura autonoma di reato, la disposizione in concreto approvata non può dirsi del tutto rispondente all'*intentio* originaria, in quanto sembrerebbe introdurre nell'ordinamento una circostanza aggravante – speciale e ad effetto speciale³⁴⁷ – del reato di propaganda e istigazione all'odio razziale. Questo approccio, apparentemente un compromesso, cerca di bilanciare gli obblighi di matrice europea, finalizzati a contrastare il fenomeno negazionista, con la necessità di scongiurare eccessive restrizioni alla libertà di espressione³⁴⁸.

³⁴⁶ SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche* cit., pg.286.

³⁴⁷ La disposizione ha in primis natura speciale”, in quanto si riferisce alle mere condotte di cui al primo comma dell'articolo 604-bis. Si tratta altresì di una disposizione "ad effetto speciale" in quanto, come emerge dal dato letterale, comporta un aumento di pena significativo, superiore ad un terzo della pena base, che è stabilita dalla legge come reclusione da due a sei anni.

³⁴⁸ In tal senso v. BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo* cit., pg.994, che parla di una “timida aggravante”.

Come anticipato nel paragrafo precedente, la dottrina dominante fa propria quest'ultima lettura, facendo leva, quali argomentazioni a sostegno, sulla collocazione topografica della norma e, in parallelo, sul tenore letterale della medesima. La fattispecie di negazionismo, come già detto, è stata infatti inserita all'ultimo comma dell'articolo 604-*bis*, il quale descrive il fatto-base cui essa accedrebbe se si trattasse di un'aggravante. In relazione al tenore del disposto normativo, quale secondo argomento addotto dalla dottrina maggioritaria per ribadire la natura circostanziale della fattispecie, si rileva come il testo si limiti a richiamare i concetti di propaganda, istigazione e incitamento, senza delineare autonomamente le condotte strumentali alla manifestazione del pensiero negazionista. In altri termini, si ritiene pertanto che il fatto del negare venga descritto *per relationem* con le fattispecie di cui al primo comma³⁴⁹.

Questa interpretazione desta comunque qualche dubbio. Innanzitutto, come evidenziato dalle Sezioni Unite con la sentenza Fedi³⁵⁰, il criterio *per relationem*, in quanto debole³⁵¹, non è in grado di fornire una risposta completa riguardo alla precisa qualificazione, almeno in quanto atomisticamente considerato³⁵². Ancora, nel caso *de quo* tale criterio non sembra essere pienamente soddisfacente, posto che nel testo della norma manca una formulazione del tipo "*i fatti di cui ai commi precedenti*", mentre viene fatto espresso riferimento alle condotte di propaganda, istigazione ed incitamento, assumendo implicitamente che le stesse si riferiscano a quelle di cui al primo comma.

Queste considerazioni critiche sembrerebbero dunque avvalorare l'altra tesi, sostenuta questa volta in via minoritaria, che mira alla riqualificazione della fattispecie negazionista in termini di reato autonomo. A dire il vero, questa conclusione pare supportata anche dall'analisi della pena prevista: l'aggravio di pena per la negazione della Shoah, reclusione fino a 6 anni, sembra eccessivo rispetto alla pena prevista per la commissione di un atto violento di matrice razzista, il cui tetto edittale si ferma a 4 anni. Come evidenziato da alcuni teorici del diritto

³⁴⁹ FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo* cit., pg.156 n.7. L'autore specifica quanto segue: "*La natura di circostanza trova conferma in una pluralità di criteri: dei lavori preparatori che esprimono una chiara voluntas legis di introdurre un'aggravante e non una fattispecie costitutiva; nel tenore letterale della disposizione (la fattispecie è descritta per relationem alle condotte della fattispecie base) e infine nella collocazione topografica (in un comma aggiuntivo dello stesso articolo che prevede il reato base cui essa accede)*".

³⁵⁰ Cass., S.U., 26 giugno 2002, Fedi. La sentenza Fedi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, emessa nel 2010, ha trattato la questione relativa alla natura giuridica delle norme penali in tema di reati contro la Pubblica Amministrazione, in particolare riguardo alla definizione di "pubblico ufficiale" ai fini dell'applicazione dell'articolo 357 del codice penale italiano

³⁵¹ V. Cap. III, par. 4.2.

³⁵² In tal senso BASILE F., *Reato autonomo o circostanza* cit., pg.30.

esperti in materia³⁵³, questo solleva molte perplessità sulla *ratio* che fa da sfondo a questo aumento di pena: per quale motivo, in effetti, la negazione della Shoah dovrebbe essere penalizzata più severamente? Dove risiederebbe il maggior disvalore della circostanza? Incitare all'odio, negando l'Olocausto è più grave e desta maggiore allarme che istigare alla discriminazione verso altre etnie? In ultimo, va ancora rilevato come la stessa collocazione sistematica della fattispecie potrebbe suggerire la qualificazione del negazionismo come reato autonomo. Il decreto legislativo n. 21 del 2018, il quale ha immesso nel codice penale le disposizioni in materia di discriminazione razziale, ha previsto un'aggravante generica all'articolo 604-ter, la quale si applica a tutti i reati commessi con intenti discriminatori o di odio etnico, razziale o religioso. È difficile comprendere perché l'aggravante negazionista, sempre se da considerarsi ancora in questi termini, non sia stata inclusa in tale norma.

In conclusione, si può quindi asserire come il tema relativo alla qualificazione della fattispecie di negazionismo continui ad essere oggetto di dibattito e analisi approfondite nel contesto giuridico. Le diverse interpretazioni e argomentazioni più sopra esposte evidenziano la naturale complessità del tema e la necessità di una valutazione attenta dei vari aspetti coinvolti. E' di tutta evidenza come la normativa riguardante il negazionismo rappresenti una vera e propria sfida per il sistema giuridico, poiché deve bilanciare la protezione della libertà di espressione con la contestuale necessità di contrastare forme gravi di discriminazione e odio razziale. Ebbene, è importante che le decisioni legislative e giudiziarie prese in materia, a prescindere dalla qualificazione giuridico in concreto adottata, siano sempre guidate dalla volontà di pervenire ad un punto di equilibrio tra questi due obiettivi, garantendo al contempo il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela della dignità umana. Inoltre, è essenziale che il dibattito sul tema rimanga aperto e che venga altresì arricchito e alimentato da contributi provenienti da diverse prospettive e discipline; solo attraverso un dialogo costruttivo e una riflessione critica sarà infatti possibile sviluppare soluzioni legislative e giuridiche efficaci per affrontare il fenomeno *de quo*, nel rispetto dei principi democratici e dei valori fondamentali propri della società civile.

³⁵³ Su tutti LEOTTA G. D., *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste* cit., pg.602. Negli stessi termini anche VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo* cit., pg.16.

3.6.4 Dal carattere plurioffensivo della norma al requisito del concreto pericolo di diffusione: rilievi conclusivi.

L'identificazione del bene giuridico rappresenta il fulcro del dibattito tra gli esperti di diritto penale in materia di negazionismo, poiché strettamente legato al requisito di necessaria offensività del reato, interpretato dalla giurisprudenza costituzionale quale criterio dirimente per valutare la legittimità dei reati che involgono la manifestazione di un pensiero³⁵⁴. Posto che la verità e la memoria storica non possono in alcun modo essere considerate beni penalmente tutelabili³⁵⁵, la dottrina ha percorso strade alternative sul tema, individuando, quali possibili oggetti giuridici legittimanti la punibilità del fenomeno negazionista, l'ordine pubblico e la dignità umana. Ad onor del vero, alcuni teorici del diritto hanno addirittura messo in discussione l'esistenza di un bene giuridico adeguato per sostenere l'incriminazione; una tesi, quest'ultima, del tutto censurabile e che, come peraltro opportunamente rilevato in dottrina, elude l'importanza etico-politica del tema in questione³⁵⁶.

Un primo filone interpretativo fa riferimento, quale unico bene giuridico tutelabile penalmente, al concetto di ordine pubblico ideale, da intendersi quale complesso dei principi fondamentali considerati essenziali per la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico. In base a questa lettura, si ritiene che la negazione delle atrocità che hanno accompagnato la seconda guerra mondiale minerebbe il fondamento stesso della democrazia, alimentando comportamenti e ideologie reazionarie e, di riflesso, mettendo a rischio quel patto etico-politico che fa da sfondo agli attuali ordinamenti giuridici di matrice liberal-democratica³⁵⁷. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ha sollevato molti dubbi in merito a quest'ultima ricostruzione, anzitutto in termini di oggettività giuridica. Si sottolinea, invero, come il concetto di ordine pubblico ideale sia inevitabilmente caratterizzato da un'ambiguità di significati³⁵⁸, essendo fortemente influenzato dal contesto storici e politico. Sarebbe dunque difficile attribuire al medesimo la funzione tipica propria di un qualsivoglia bene giuridico,

³⁵⁴ Sul tema v. Cap. II, par. 2.1. Senza ripetere in toto quanto già affermato, va ribadito come la Consulta, in tutte le pronunce afferenti ai cd. reati di opinione, ha costantemente ribadito che la condotta che si concreta in una manifestazione di pensiero è legittima soltanto nella misura in cui sia in concreto offensiva rispetto al bene giuridico tutelato.

³⁵⁵ In tal senso PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M., (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale*, Jovene, Napoli, 2014, pg.63 ss. Ad escludere questa possibilità anche PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo"* cit., pg.22.

³⁵⁶ Su tutti FIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in Enc. dir., XXX, Milano, 1980, pg.1092.

³⁵⁷ INSOLERA G., *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in Dir. pen. cont., 19 marzo 2018, pg.7.

³⁵⁸ CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz"* cit., pg.33. L'autore, in riferimento all'ordine pubblico, parla di un "bene dai confini incerti e sfuggenti".

consistente nel selezionare le condotte concretamente punibili. L'ordine pubblico, sempre se inteso in termini ideali, potrebbe piuttosto essere considerato quale mera *ratio* del sistema penale³⁵⁹.

L'impellente necessità di ristabilire il legame tra il bene giuridico e il piano dell'offensività ha spinto gli studiosi del diritto a dare maggior rilievo all'accezione materiale dell'ordine pubblico, inteso, nel caso specifico, come pericolo concreto di realizzazione di fatti violenti di matrice antisemita³⁶⁰. Anche quest'ultima ricostruzione, al pari della pregressa, non pare condivisibile. L'adozione dell'ordine pubblico materiale quale unico fondamento per il reato di negazionismo, oltre alle complessità legate alla comprensione di un bene giuridico sovra-individuale, finirebbe per trasformare la fattispecie in un reato di pericolo presunto. Seguendo il ragionamento sopra tracciato, invero, la punibilità del discorso negazionista verrebbe subordinata alla paura che “*dalle parole si passi ai fatti*”³⁶¹, con l'evidente rischio di anticipare eccessivamente la soglia dell'intervento repressivo.

Ecco che in dottrina, a fronte di tali difficoltà, si è cercato di rinvenire altri oggetti di tutela. Una delle tesi maggiormente sostenute è quella che riconduce al reato di negazionismo la tutela della dignità umana: considerando che il *dicere* negazionista si configura come una forma particolare di discriminazione, esso non si limita a mettere in discussione la pace o la sicurezza collettiva, ma danneggia altresì la dignità di coloro che hanno subito l'evento negato. Le affermazioni *de quo*, infatti, si caratterizzano come un insulto, un affronto alla dignità di coloro che sono stati colpiti dai crimini negati nella loro esistenza³⁶². Autorevole dottrina, sempre a sostegno di questa lettura, ha ribadito come l'esternazione negazionista privi l'altro del rispetto di cui ogni individuo è meritevole per il semplice fatto di essere venuto al mondo³⁶³, non solo come singolo ma anche in quanto appartenente ad una data comunità³⁶⁴. Il concetto di dignità, pertanto, non va inteso solo in riferimento alle vittime del *dicere* negazionista o ai parenti delle medesime, ma anche con riguardo al senso di umanità generato dalla comprensione dell'altrui sofferenza, dall'empatia minacciata in ognuno di noi ogni qualvolta si neghi manifestamente la dignità di una qualsiasi vittima.

³⁵⁹ In tal senso CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pg.1002.

³⁶⁰ Così FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pluviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.2/2016, pg.1052.

³⁶¹ In questi termini CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”* cit., pg.34.

³⁶² CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”* cit., pg.35.

³⁶³ DE FRANCESCO G.A., *Una sfida da raccogliere: la codificazione della fattispecie a tutela della persona*, in PICOTTI L., (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013, pg.13.

³⁶⁴ In tal senso VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo* cit., pg.12 ss.

Tuttavia, anche l'interpretazione che riconduce la fattispecie alla mera lesione della dignità umana desta qualche perplessità. Spostando per un attimo il *focus* al versante procedurale, appare evidente la rilevanza – anche - dell'ordine pubblico quale bene giuridico tutelato, confermata dalla procedibilità d'ufficio. Quest'ultima previsione processuale, oltre a rimarcare ulteriormente il significativo disvalore della fattispecie, sottolinea infatti la *voluntas* del legislatore di proteggere anche un interesse di natura pubblicistica. In conclusione, appare dunque opportuno ascrivere la fattispecie negazionista nell'alveo dei cd. reati plurioffensivi: se quest'ultima arreca un danno diretto e immediato alla dignità di coloro che hanno in concreto subito le tragedie negate, mina altresì – seppur in via secondaria – la pace e la sicurezza pubblica.

Esaurita questa parentesi relativa all'individuazione del bene giuridico, occorre ancora dedicare qualche considerazione ad un importante requisito fatto proprio dalla fattispecie. Come peraltro si evince dal dato letterale³⁶⁵, al fine di evitare interferenze eccessive con la libertà di espressione, il legislatore ha introdotto un elemento aggiuntivo nella tipizzazione del reato di negazionismo, teso a limitarne la portata applicativa. Affinché un'asserzione negazionista sia soggetta a sanzione penale, la normativa richiede che le azioni di propaganda, istigazione o incitamento, le tre condotte richiamate dall'articolo *de quo*, siano compiute "*in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione*". Questa formulazione è stata inserita grazie all'emendamento 1.401 proposto in Senato dal senatore D'Ascola, poiché considerata "ben più evoluta e costituzionalmente orientata"³⁶⁶ rispetto al requisito di pubblicità della condotta, poi espunto con la formulazione definitiva. Il requisito del "concreto pericolo di diffusione" parrebbe maggiormente garantista, poiché fotografa l'effettivo rischio che dovrebbe derivare dal comportamento pubblico, ovvero la possibilità concreta che la negazione si diffonda. L'utilizzo di questa formula, invero, espunge la presunzione di pericolosità insita nel concetto espresso dall'avverbio *pubblicamente* o dall'aggettivo *pubblico*³⁶⁷: il fatto stesso che l'asserzione negazionista avvenga in pubblico implica unicamente un potenziale rischio di diffusione delle idee negazioniste. Ancora, l'utilizzo di tale locuzione permette di estendere l'area di punibilità anche a quei comportamenti che, sebbene non si verificano in pubblico, sono dotati di una capacità diffusiva tale da giustificare l'applicazione dello strumento penale.

³⁶⁵ L'ultimo comma dell'articolo 604-bis recita infatti quanto segue: "*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 (...)*".

³⁶⁶ In questi termini proprio il Senatore D'Ascola, in Fascicolo Iter DDL S.54-B, pg.163 ss.

³⁶⁷ Così SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche* cit., pg.293.

Tuttavia, come peraltro rimarcato da alcune voci in dottrina, l'idea che il concreto pericolo di diffusione rappresenti una garanzia in più, un *quid pluris* rispetto al carattere pubblico di una condotta riesce vera solo in parte³⁶⁸. In tal senso vanno fatte alcune dovute riflessioni.

Il requisito di pubblicità della condotta stabilisce un chiaro limite legale alla discrezionalità del giudice; l'articolo 266 c.2 c.p., invero, stabilisce quando un reato debba considerarsi avvenuto *pubblicamente*, il che si verifica quando la condotta è compiuta: 1) "col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda"; 2) "in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone"; 3) "in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo ad oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata". Questa disposizione, sebbene fortemente criticata in sede dottrinale per la sua eccessiva ampiezza e indeterminatezza, impone al giudice un limite legale chiaro nell'accertamento dei fatti. All'opposto, il requisito del concreto pericolo di diffusione, non ravvisando alcun limite negativo al suo accertamento, amplia il margine di discrezionalità del magistrato giudicante, aprendo la strada a possibili interpretazioni soggettive libere da vincoli legali predefiniti.

Inoltre, va altresì sottolineato che l'espressione "*in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione*" risulta poco chiara e lungi dal consentire una precisa e univoca interpretazione della norma *de quo*³⁶⁹, in quanto il pericolo di diffusione - per com'è strutturata la norma - ben può concepirsi come una modalità di esternazione della condotta ma anche, ipotesi ulteriore, quale evento in senso giuridico. Nel primo caso, il pericolo di diffusione - analogamente all'avverbio *pubblicamente* - sarebbe indicativo del modo in cui la condotta deve avvenire affinché sia punibile. Questa prima interpretazione implicherebbe però l'esistenza di un reato di pericolo astratto o di pura condotta, con tutti i dubbi di costituzionalità che tale tecnica legislativa solleva, specificamente in materia di delitti ideologici.

Alla luce delle sentenze pronunciate dalla Consulta sul tema, le quali hanno riconosciuto la compatibilità del reato di opinione con i principi costituzionali nei limiti del pericolo concreto³⁷⁰, sarebbe più in linea con la Costituzione quell'interpretazione che qualifica il concetto di "pericolo concreto di diffusione" in termini di evento. Un'impostazione, quest'ultima, suggerita anche dall'utilizzo dell'inciso "*in modo che ne derivi*", il quale - nel

³⁶⁸ SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche* cit., pg.293.

³⁶⁹ Così SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche* cit., pg.295. Negli stessi termini anche DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione* cit., pg.98.

³⁷⁰ V. Cap. II, par. 2.1.

linguaggio legale - indica il legame eziologico esistente tra l'azione compiuta e il risultato che ne consegue³⁷¹.

³⁷¹ ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, pg.200 ss.

CAPITOLO IV – I MEZZI DI COMUNICAZIONE VIRTUALE COME VEICOLO DELLE OPINIONI: L’*HATE SPEECH* ONLINE E LA RESPONSABILITÀ DELL’*INTERNET* *SERVICE PROVIDER*.

4.1 Nuove tecnologie e libertà di espressione *online*: una rilettura contemporanea del diritto?

Esaurita questa lunga parentesi dedicata alla trattazione del fenomeno negazionista, si può finalmente tornare a parlare di *hate speech* in termini più generali, spostando però il *focus* su una declinazione specifica del fenomeno. Si fa riferimento alla tematica dell’*hate speech online*, sempre più centrale nel dibattito giuridico contemporaneo come conseguenza dello sviluppo e del perfezionamento del mondo virtuale e, in particolare, dei *social media*. Ebbene, l’obiettivo del presente capitolo sarà proprio quello di indagare sulle nuove forme di comunicazione proprie dell’ultimo millennio, posto che il meccanismo di diffusione “ad alta velocità” di informazioni e comunicazioni, come si dirà più avanti, si è ben presto trasformato in un luogo ideale per la propagazione dei discorsi d’odio. Più in profondità, la trattazione sarà incentrata sull’analisi degli strumenti e delle forme di tutela predisposte dal diritto nazionale ed europeo per far fronte al fenomeno dilagante *de quo*, con particolare riferimento al coinvolgimento in materia degli *Internet Service Providers* (ISP).

La libertà di espressione – così come riconosciuta e tutelata all’interno delle fonti internazionali, europee e costituzionali anteriormente esaminate³⁷² – configura un diritto che può essere esercitato in modalità e con mezzi differenti. Tuttavia, è pacifico come nell’attuale contesto sociale, sempre più dominato dalla cd “dimensione *social*”, il web assurge a principale palcoscenico per l’espressione del pensiero individuale. La rete, invero, rappresenta *sine dubio* il veicolo più immediato per la diffusione delle idee “*con una facilità di produzione, una velocità inimmaginabile anche solo nel recente passato e con delle enormi potenzialità future*”³⁷³. D’altra parte, l’articolo 21 del nostro dettato costituzionale sancisce il

³⁷² V. Cap. I, par. 1.3, 1.4.

³⁷³ Così CALIFANO L., *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, n.26, 2021, pg.5.

diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione, garantendo l'uso di "ogni mezzo di diffusione"³⁷⁴. Quest'ultima locuzione mira proprio ad includere tutti gli strumenti che consentono di dare forma al pensiero e, in parallelo, di esprimerlo all'esterno attraverso varie forme comunicative, quali la parola, lo scritto, il disegno, la fotografia, la composizione musicale e così via³⁷⁵.

In relazione alla libertà di espressione, *Internet* riveste una duplice e distintiva connotazione, proprio in virtù del costante avanzamento della società in termini di digitalizzazione e globalizzazione. Il *web*, invero, costituisce uno strumento essenziale per garantire e fruire appieno non solo della libertà di espressione, ma anche dello speculare diritto all'informazione, giocando un ruolo di assoluta centralità nella difesa e nella promozione della stessa democrazia. In questa prospettiva, si può quindi asserire come la rete rappresenti oggi una sorta di "massima libertà di espressione", imponendosi quale spazio aperto, libero e, in alcuni casi, "anarchico", in grado di autogovernarsi attraverso l'applicazione di norme tecniche che consentono a chiunque di connettersi con gli altri, diffondendo e ricevendo messaggi senza limitazioni territoriali e senza interferenze da parte delle autorità pubbliche³⁷⁶.

Appare del tutto evidente, da queste brevi considerazioni introduttive, come lo spazio digitale del *web* non possa che essere ascritto alla tutela costituzionale garantita dall'articolo 21 Cost.: accedere alla rete, come appena detto, assurge oggi a requisito fondamentale per poter esercitare e godere appieno del diritto alla libertà di espressione. Da qui l'idea, fatta propria tanto sul piano europeo ed internazionale quanto – seppur con sfumature diverse – a livello nazionale, di stabilire un vero e proprio diritto (di importanza capitale e di matrice sociale) di accesso ad Internet³⁷⁷. Ad oggi, l'accesso al *web* potrebbe quindi essere qualificato come un "servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai propri cittadini gratuitamente o a costi sostenibili"³⁷⁸. Tuttavia, nonostante la libertà di espressione *online* sia formalmente riconosciuta e protetta a livello costituzionale, recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali hanno sollevato la necessità di un "cambio di paradigma costituzionale" in materia³⁷⁹. Un cambio di prospettiva che si basa per lo più su una valutazione tecnica del

³⁷⁴ V. Cap. I, par. 2.

³⁷⁵ In questi termini ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione* cit., pg.102 ss.

³⁷⁶ NIRO R., *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in Osservatorio sulle fonti, n.3, 2021, pg.1375.

³⁷⁷ In tal senso FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in AIC, n.1, 2011, pg.6.

³⁷⁸ In questi termini PISA R., *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, Enc. Treccani, 2010.

³⁷⁹ MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in Costituzionalismo.it, fasc. 3, 2018.

fenomeno, volto ad evidenziarne gli effetti negativi e restrittivi. In altre parole, è stata fatta propria l'idea per cui “*l'ecosistema del web*”³⁸⁰, influenzato da algoritmi, dal potere dei motori di ricerca e dalla presenza di gruppi polarizzati, non possa in alcun modo essere considerato un luogo di vera libertà, ma richieda, piuttosto, la sospensione della regola del libero mercato delle idee, il cosiddetto “*free market*”³⁸¹. Da qui l'impellente esigenza di rivalutare la concezione tradizionale della rete, quale spazio libero e aperto a tutti, e di adottare una regolamentazione più rigorosa in materia, con il fine ultimo di promuovere un ambiente *online* più equo e inclusivo.

La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, muovendo proprio da queste premesse, sembrerebbe aver adottato un approccio piuttosto attento e ponderato nell'interpretare l'ambito e l'entità della libertà di espressione *online*. Invero, osservando le decisioni della Corte relativamente ai casi di presunta violazione del diritto *de quo* via *web*, emerge limpidamente la tendenza a ridimensionare quella portata estensiva che aveva caratterizzato la precedente giurisprudenza sulle applicazioni dell'art.10 CEDU in ambiente analogico. Una rinnovata modulazione del diritto che, come peraltro rimarcato in dottrina, sembra derivare dalla consapevolezza che l'utilizzo delle tecnologie digitali comporta un grado di offensività maggiore rispetto agli altri interessi – anch'essi egualmente meritevoli di tutela - con cui l'esercizio della libertà di parola deve ineluttabilmente coniugarsi³⁸².

Tuttavia, va altresì sottolineato come questa interpretazione restrittiva accolta dal giudice europeo, atta a valorizzare il carattere “relativo” e “cedevole” della libertà di espressione *online*, risulti del tutto antitetica alla prospettiva adottata, sempre sul tema, dalla Corte statunitense. Quest'ultima, in linea con la sua tradizione giurisprudenziale, ha infatti ribadito come - anche in ambito digitale - “*la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo*”. Questo secondo filone interpretativo, pertanto, sottolinea come l'interesse a promuovere la libertà di espressione all'interno di una società democratica debba ritenersi *semper* prioritario rispetto a qualsiasi preteso, non dimostrato, beneficio della censura.

Queste brevi considerazioni conclusive mettono dunque in evidenza come le due Corti si siano ispirate a logiche diametralmente opposte in materia. Se la Corte statunitense presume

³⁸⁰ MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto* cit.

³⁸¹ In questi termini MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news* cit.

³⁸² In questi termini POLLICINO O., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, n.1, 2018, pg.7.

che una *content regulation* non porti a vantaggi significativi per la libertà di espressione, il giudice europeo muove invece dal diverso presupposto che *Internet* – quale veicolo ideale per la circolazione delle opinioni – potrebbe costituire un pericolo maggiore per altri diritti, ritenendo quindi necessario apportare rigide limitazioni all'esercizio della libertà di espressione, specialmente nello spazio digitale³⁸³. In definitiva, se la giurisprudenza europea si è mostrata negli anni meno incline a garantire una libertà di parola completa e illimitata sul *web*, manifestando un approccio più cauto e orientato verso possibili forme di controllo e limitazione della rete, la giurisprudenza americana continua invece a privilegiare un ampio esercizio del cd “*freedom of speech*”³⁸⁴, anche - e soprattutto - in *Internet*. Tutto questo, a dimostrazione di una tematica tutt'altro che definita e più che mai oggetto di ampio dibattito nel panorama giuridico contemporaneo.

4.2 Internet come nuova frontiera dell'odio. Gli *hate speeches online* e le molteplici forme di manifestazione del fenomeno.

Il fenomeno dell'*hate speech*, che – come già visto nel capitolo dedicato³⁸⁵ - si traduce, essenzialmente, nella pratica di discriminazione, ha trovato e continua a trovare un nuovo e fertile terreno di diffusione proprio nel mondo del *web*, acquisendo rinnovate e pericolose connotazioni³⁸⁶. Ecco che appare più che mai opportuno dedicare qualche riflessione ulteriore rispetto a quanto si è già detto nel capitolo che precede, soffermandosi dapprima sulle ragioni singolari che fanno da sfondo alla maggior diffusività dei discorsi d'odio *online* e, in seconda istanza, sulle molteplici forme di manifestazione del fenomeno.

Le peculiarità intrinseche che contraddistinguono la realtà digitale, le quali favoriscono una comunicazione sempre più agile, immediata ed estesa a livello globale, hanno avuto riflessi evidenti anche sulla maggior diffusività dei discorsi d'odio. Un profilo, quest'ultimo, che è stato ben descritto in sede dottrinale: “*la comunicazione al tempo dei social media ha determinato una radicale ridefinizione delle coordinate del discorso pubblico, il quale, oggi, non è più soltanto quel che passa per le vie, più o meno ufficiali, della pubblicistica nazionale [...]: chiunque, mettendo un like, condividendo un link, gestendo un blog, rilasciando un*

³⁸³ POLLICINO O., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione* cit., pg.7.

³⁸⁴ MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news* cit., pg.30 ss.

³⁸⁵ V. Cap. III.

³⁸⁶ TESIS A., *Hate in Cyberspace: Regulating Hate speech on the Internet*, in *San Diego Law Review*, 2001, 38, pg.817 ss.

*commento in calce a questo o a quel post, alimenta un'interazione di discorsi, una miriade di conversazioni che si citano e si rimbeccano all'infinito*³⁸⁷.

Non solo, l'utilizzo sempre più diffuso delle piattaforme virtuali per lo scambio di messaggi e informazioni ha rivoluzionato la comunicazione, trasformandola in un'autentica azione di massa. Se è vero che ogni individuo ha oggi la possibilità di esprimersi su qualsiasi argomento, anche il più complesso o delicato, è altrettanto vero che una volta avviata una discussione, essa viene rapidamente seguita da un flusso incessante di interazioni successive³⁸⁸.

Ebbene, la presenza di utenti con *background* culturali ed educativi dissimili, unitamente al venir meno di qualunque freno inibitore e alla mancanza di regole di convivenza civile, fa sì che idee poco ponderate, prive di logica e spesso volte esposte con linguaggio volgare (che in passato avrebbero ottenuto l'attenzione di poche persone) possano oggi godere di ampia visibilità e sostegno³⁸⁹. Vi è poi un ulteriore fattore di assoluta rilevanza che facilita la diffusione dell'odio *online*, ascrivibile alla distanza emotiva intercorrente tra l'autore del messaggio e il suo destinatario. Zygmunt Bauman, influente filosofo e sociologo polacco³⁹⁰, descrive puntualmente questa condizione, sottolineando come la separazione fisica ed emotiva tra vittima e aggressore non possa che favorire la commissione di atti d'odio. La tesi sostenuta da Bauman pare psicologicamente ovvia e, in quanto tale, condivisibile: infliggere dolore a qualcuno che si percepisce lontano e invisibile permette infatti all'esecutore di esimersi dal comprendere fattualmente l'esito delle proprie azioni. Ben più difficile è *“fare del male ad una persona così vicina da poterla toccare”*³⁹¹.

Alla luce di queste premesse, occorre ora tratteggiare quelle che sono le peculiarità degli *hate speeches online*, le quali possono essere compendiate in quattro punti fondamentali. Rispetto all'*hate speech tradizionale*, invero, quello *online* presenta alcune significative differenze, portate in debito rilievo dall'UNESCO nel 2015, con il report *“Countering Online Hate*

³⁸⁷ In questi termini SPENA A., *La parola (-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2016, pg.578.

³⁸⁸ RANIERI M., MANCA S., *I social network nell'educazione. Basi teoriche, modelli applicativi e linee guida*, in *Tecnologia della comunicazione e dell'apprendimento*, Trento, 2017, pg.7.

³⁸⁹ Così PASTA S., *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Brescia, 2018, pg.3.

³⁹⁰ Zygmunt Bauman (1925-2017) è stato un sociologo polacco di fama internazionale, particolarmente noto per aver delineato il concetto di “modernità liquida” quale forma di analisi della società contemporanea. La sua vasta produzione teorica ha influenzato profondamente il dibattito sociologico e filosofico del XX e XXI secolo, tanto per la sua lucida interpretazione della società contemporanea quanto per le critiche avanzate alle istituzioni tradizionali e alla modernità stessa.

³⁹¹ BAUMAN Z., *Modernità e olocausto*, Il Mulino, Bologna, 1992, pg.217.

Speech”³⁹². In primo luogo, va anzitutto sottolineata la persistenza temporale dell’incitamento all’odio perpetrato via *Internet*; una caratteristica, quest’ultima, correlata alla facilità con cui i contenuti possono essere pubblicati *online* senza costi significativi e, in parallelo, alla potenziale immediata nuova diffusione del contenuto stesso nel caso in cui quello originario dovesse essere, per le ragioni più disparate, rimosso. Come opportunamente sottolineato da André Oboler, CEO dell’*Online Hate Prevention Institute*³⁹³, maggiore è la permanenza dei contenuti dannosi sul *web*, maggiore è il danno causato alle vittime³⁹⁴. In secondo luogo, va poi evidenziato come i contenuti pubblicati *online* siano, per stessa definizione, itineranti: anche se rimossi, invero, gli autori possono ripubblicarli nuovamente, utilizzando profili differenti sulla stessa piattaforma o su piattaforme diverse. In caso di chiusura di un sito *web*, esempio icastico sul punto, questo può essere prontamente riaperto sfruttando servizi di *hosting* meno restrittivi, ovvero facendo capo ad un altro Paese con una legislazione più permissiva in materia di incitamento all’odio.

Vi è poi una terza ed ulteriore caratteristica significativa che aumenta sensibilmente la pericolosità dell’*hate speech* perpetrato via *web*. Si fa riferimento al tema dell’anonimato, sempre più centrale nel dibattito politico e giuridico contemporaneo. Sul punto, è però importante fare una dovuta precisazione: quando si parla di anonimato, almeno in questo contesto, ci si riferisce spesso all’utilizzo di pseudonimi o soprannomi, poiché le pubblicazioni completamente anonime, che quindi nascondono l’identità dell’utente, sono relativamente rare e richiedono competenze tecniche avanzate. In ogni caso, la possibilità di pubblicare contenuti senza essere associati al proprio nome reale favorisce inevitabilmente la diffusione di pensieri discriminatori, posto che la convinzione atorea è quella di non poter essere identificati come fautori di un determinato materiale e, di riflesso, chiamati a rispondere della condotta messa in atto³⁹⁵. Va detto, in tal senso, come alcuni governi e piattaforme *social* abbiano tentato di mitigare questo problema, implementando misure che in qualche modo

³⁹² GAGLIARDONE, Iginio, GAL, Danit, ALVES, Thiago, MARTINEZ, Gabriela. 2015. *Countering Online Hate Speech*. Paris: UNESCO Publishing. <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

³⁹³ L’*Online Hate Prevention Institute* (OHPI) è un’Organizzazione non profit fondata nel 2012 con sede in Australia. Si dedica alla lotta contro l’odio *online*, al monitoraggio e all’analisi delle manifestazioni di *hate speech* perpetrate via Internet e alla promozione di strategie adeguate volte alla prevenzione e al contrasto questo fenomeno. L’OHPI si impegna inoltre a identificare e documentare gli episodi di odio *online*, inclusi i discorsi razzisti, antisemiti, omofobici e altre forme di discriminazione e intolleranza. Attraverso la sua ricerca, *advocacy* e lavoro di sensibilizzazione, l’*Online Hate Prevention Institute* si impegna massivamente nel creare un ambiente *online* più sicuro, inclusivo e rispettoso dei diritti umani universalmente riconosciuti.

³⁹⁴ CONSIGLIO D’EUROPA, Mapping study on projects against hate speech online, Strasburgo, 2012, in www.rm.coe.int.

³⁹⁵ Così ZIMBARDO P., *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2020, cap.XIII.

vincolassero gli utenti ad utilizzare il loro vero nome. Si fa però riferimento ad un insieme di iniziative che sono state aspramente avversate in ambito giuridico, per via della loro presunta violazione del diritto alla *privacy* e della libertà di espressione. Ecco che, ad oggi, ci si limita semplicemente ad incoraggiare l'utilizzo del nome effettivo, prescindendo però dall'imposizione di un vero e proprio obbligo.

Il quarto ed ultimo profilo caratteristico va infine ravvisato nella dimensione transnazionale delle comunicazioni *online*, una complicazione ulteriore al contenimento del fenomeno dei discorsi d'odio e, di riflesso, all'individuazione dei dovuti responsabili. Con l'avvento di *Internet*, invero, i messaggi discriminatori possono essere diffusi a livello globale istantaneamente e senza alcuna restrizione geografica, il che non agevola sicuramente il compito di monitorare e regolamentare questi contenuti in modo efficace. Inoltre, per poter perseguire legalmente coloro che diffondono discorsi d'odio *online* a livello internazionale, è spesso richiesta una cooperazione giudiziaria tra i diversi Paesi. Un processo, quest'ultimo, che può essere facilmente rallentato dalla complessità delle procedure legali internazionali e, aspetto ancor più rilevante, dalla necessità di rispettare le leggi e i regolamenti di ciascun Paese coinvolto.

In tale contesto, dunque, si assiste ad una capillare e incontrollabile espansione delle espressioni d'odio, le quali vengono poste in essere con le modalità più disparate: la diffusione di propaganda o di teorie cospirative, lo *spamming* e il *trolling*³⁹⁶, l'usurpazione di nomi di dominio o l'utilizzo di *meta-tag* ingannevoli, la raccolta di fondi, nonché l'adozione di condotte offensive e criminali interpersonali, nel cui alveo vanno sicuramente annoverati i fenomeni del *cyberbullismo* e del *cyberstalking*. Per poter comprendere appieno la gravità del fenomeno è sufficiente ricordare come, negli ultimi vent'anni, sia stata registrata una crescita a dir poco esponenziale delle comunità di odio *online*: dai circa 140 siti estremisti promotori di odio del 1996, passando per i circa 10000 del 2009, si è giunti ad un ammontare

³⁹⁶ Il lemma "*spamming*" si riferisce alla pratica di inviare in modo massiccio - e non richiesto - messaggi ripetitivi, indesiderati o irrilevanti. Questi messaggi possono essere inviati tramite email, forum, commenti su blog, social media e altre piattaforme online. Lo scopo principale dello *spamming* è spesso quello di promuovere prodotti, servizi o contenuti commerciali, ben potendo essere utilizzato anche per diffondere disinformazione, propaganda o, ipotesi parimenti diffusa, contenuti dannosi. Il termine "*trolling*", d'altra parte, si riferisce alla pratica di inviare messaggi provocatori o offensivi *online* con l'intenzione di suscitare reazioni emotive o provocare conflitti. I "*troll*" intervengono in discussioni *online* con il fine precipuo di seminare discordia, generare polemiche o provocare altri utenti, operando, nella stragrande maggioranza dei casi, in totale anonimato.

complessivo, allo stato dell'arte, ben superiore alla soglia dei 30000³⁹⁷. Numeri che - come evidenziato dagli studi condotti in materia - sono in costante ascesa.

Ancora, accanto alle forme più "tradizionali" di diffusione d'odio *online*, emerge inoltre il tema del "riciclaggio di informazioni", paragonato - in sede dottrinale - al processo di riciclaggio di denaro. Questo concetto, proposto da alcuni accademici, evidenzia come i promotori d'odio in rete sfruttino in realtà le piattaforme digitali per mascherare e trasformare le loro espressioni di intolleranza in forme accettabili di conoscenza³⁹⁸. Secondo alcuni stimabili autori, invero, i *social media* hanno contribuito alla definizione di un ambiente ideale "non solo per la diffusione di messaggi tossici – efficaci per diffondere intolleranza culturale, superiorità razziale o paura in una determinata società – ma per modificare, nascondere o mascherare i fatti e rappresentarli come una verità"³⁹⁹. Le nuove piattaforme digitali offrono quindi ai cosiddetti "odiatiori" un'opportunità senza precedenti, ovvero quella di trasformare la comprensione dell'odio stesso, presentandolo in modo più accattivante e, in qualche modo, giustificabile.

Alla luce delle considerazioni che precedono, emerge chiaramente come l'utilizzo di *Internet*, quale nuova frontiera dell'odio e della discriminazione, non possa che sollevare preoccupazioni e domande inedite, invitando alla ricerca di concrete e adeguate risposte a livello giuridico, al fine di prevenire, bloccare e minimizzare il più possibile l'incessante dilagare di queste prassi. Una volta preso atto dell'importanza e delle caratteristiche proprie dell'*hate speech online*, occorre quindi soffermarsi sulle "contro-misure" adottate dall'Unione europea per contrastare la diffusione del fenomeno.

4.3 L'inquadramento giuridico delle manifestazioni di odio in rete: la strategia europea di contrasto all'*hate speech online*.

L'esigenza di porre un freno all'affermazione dell'odio in rete è emersa, anzitutto, nell'ambito delle Istituzioni europee, le quali – nell'ultimo decennio - hanno messo progressivamente in

³⁹⁷ SIMON WIESENTHAL CENTER. 2015. *Digital Terrorism and Hate Report*. New York, NY: Simon Wiesenthal Center. <http://digitalhate.net/>.

³⁹⁸ Su tutti KLEIN A., *Slipping racism into the mainstream: A theory of information laundering*, in *Communication Theory*, Vol. 22, No.4, 2012, pg.429.

³⁹⁹ In questi termini KLEIN A., *Slipping racism into the mainstream cit.*, pg.431.

atto una strategia finalizzata a fronteggiarne la diffusione⁴⁰⁰. Si tratta, a ben vedere, di una regolamentazione che si inserisce nel solco della più generale attenzione riservata dall'Europa, unitamente agli altri organismi di matrice internazionale, ai temi della dignità umana e dell'uguaglianza tra i cittadini. Nella prospettiva europea, invero, i fenomeni discriminatori si ripercuotono negativamente non solo sui gruppi o sui singoli presi di mira, ma anche su tutti coloro che nella società si esprimono a favore della libertà e della tolleranza, finendo così per ledere l'intero impianto democratico, e richiedono - pertanto - l'adozione di concrete misure attive di contenimento⁴⁰¹.

Ecco che già nel 2015, con l'Agenda europea sulla sicurezza⁴⁰² e in pieno accordo con quanto stabilito dalla Decisione Quadro 2008/913/GAI, è stato istituito, su iniziativa della Commissione, un *Internet Forum*. Quest'ultimo, il quale riunisce i Ministri degli Interni degli Stati Membri dell'Unione Europea, unitamente ai rappresentanti dei principali fornitori di servizi digitali, del Parlamento Europeo, di Europol e il coordinatore europeo per la lotta al terrorismo, si pone come obiettivo precipuo quello di selezionare sistemi avanguardistici che possano in qualche misura ostacolare la diffusione di contenuti inneggianti all'odio, alla violenza e al terrorismo internazionale⁴⁰³. In esito all'iniziativa *de quo*, è stata poi predisposta un'attività di rilevazione e monitoraggio della casistica ascrivibile all'*hate speech online*, con il fine ultimo di sensibilizzare sul tema sempre più cittadini e istituzioni. In parallelo, l'attività è stata opportunamente accompagnata dalla previsione di iniziative di contro-discorso (il cd "*counter speech*"), volte a spiegare, da un lato, la natura profondamente anti-democratica dell'odio e, dall'altro, a ribadire con forza i principi e i valori che lo stesso mette in pericolo⁴⁰⁴.

A questo approccio di stampo statistico-culturale, ha poi fatto seguito l'opera di sollecitazione delle piattaforme *web* ad adottare meccanismi preventivi in materia, finalizzati alla rimozione dei contenuti offensivi pubblicati sui relativi portali. In questo contesto, assume particolare

⁴⁰⁰ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pg.7.

⁴⁰¹ In tal senso NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.8.

⁴⁰² L'Agenda Europea sulla Sicurezza, introdotta nel 2015, non è altro che un quadro strategico fondamentale dell'Unione Europea finalizzato a potenziare la sicurezza dei suoi cittadini, affrontando una serie di sfide che spaziano dalla lotta al terrorismo alla prevenzione della criminalità organizzata, fino alla gestione delle minacce *online*. Tra gli obiettivi principali dell'Agenda figura la promozione della cooperazione tra gli Stati membri dell'UE per affrontare le questioni relative alla sicurezza in modo coordinato e sinergico. Questa cooperazione si estende anche ai fornitori di servizi *Internet* e alle piattaforme *online*, proprio con l'intento di contrastare la diffusione di contenuti violenti, discriminatori e terroristici in rete.

⁴⁰³ MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pg.645 ss.

⁴⁰⁴ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit, pg.8.

rilevanza l'accordo raggiunto tra la Commissione europea e i principali intermediari dei servizi *Internet*, tra cui *Microsoft, Facebook, Twitter e Youtube*, seguiti successivamente da *Instagram, Google+, Snapchat e Dailymotion*. Un accordo, quest'ultimo, che ha portato alla formulazione di un vero e proprio Codice di condotta, mirato a contrastare specificamente il fenomeno dell'*hate speech online*⁴⁰⁵. Il Codice, *sine dubio* uno dei principali strumenti di *soft law* in materia⁴⁰⁶, contempla una serie di oneri e prescrizioni finalizzati precipuamente al contenimento e, ove possibile, alla rimozione dei discorsi d'odio *online* in Europa⁴⁰⁷, quali: (i) implementare procedure chiare ed efficaci per esaminare avvisi di eventuali espressioni di odio presenti nei relativi servizi, in modo da poter rimuovere o disabilitare l'accesso a tali contenuti; (ii) dotarsi di chiare linee-guida che vietino espressamente l'incitamento alla violenza e le manifestazioni d'odio in generale; (iii) educare e sensibilizzare gli utenti sui tipi di contenuti non consentiti; (iv) fornire informazioni sulle procedure per l'inoltro degli avvisi e delle notifiche, con l'obiettivo di migliorare la velocità e l'efficacia della comunicazione tra le autorità degli Stati e gli *Internet Service Provider*; (v) fornire una formazione regolare al proprio personale; (vi) intensificare la cooperazione tra *Internet Service Provider* di ogni genere, ivi compresi *content provider* e aziende titolari di social media, al fine di migliorare la condivisione delle migliori pratiche; (vii) intensificare la collaborazione con organizzazioni della società civile per fornire una migliore formazione pratica sulla lotta all'odio e ai pregiudizi, nonché aumentare la portata divulgativa di tali organizzazioni per aiutarle a realizzare campagne efficaci.

Ebbene, per dare attuazione ad alcune delle previsioni appena esposte, le singole piattaforme digitali hanno adottato alcuni *standard* interni – fra loro spesso non del tutto coincidenti – volti ad ampliare “*il novero dei discorsi d'odio vietati ed assegnando, in ragione della frequente vaghezza della loro identificazione, ampi margini di libertà alla piattaforma, che si trova a stabilire, in unica istanza e caso per caso, il confine fra espressioni legittime del pensiero e discorsi di incitamento all'odio vietati*”⁴⁰⁸. Tuttavia, nonostante i miglioramenti progressivi costantemente monitorati - nel corso degli anni - dalla Commissione europea, la persistenza di criticità riguardanti la prontezza e l'efficacia dei meccanismi di rimozione non

⁴⁰⁵ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.9.

⁴⁰⁶ Quando si parla di “*soft law*” ci si riferisce a norme, principi o linee guida che, pur non avendo carattere vincolante come la legislazione tradizionale, sono utilizzati per influenzare il comportamento degli attori coinvolti in un determinato settore o ambito. Questi strumenti, spesso adottati da Organizzazioni internazionali, governi o autorità regolatorie, possono assumere forme dissimili, quali raccomandazioni, dichiarazioni, codici di condotta (come nel caso *de quo*) o accordi volontari.

⁴⁰⁷ [Http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf).

⁴⁰⁸ In questi termini NIRO R., *Piattaforme digitali e libertà di espressione* cit. pg.1375.

possono che far dubitare circa l'efficacia di una strategia fondata esclusivamente sull'autoregolamentazione. Come peraltro rilevato in dottrina, invero, parrebbe più opportuno indirizzarsi verso una più incisiva e vincolante definizione delle responsabilità degli intermediari informatici, similmente a quanto già previsto per altri settori di disciplina, quali la pedopornografia, la tutela del diritto d'autore o il terrorismo.

Una questione, quella appena sollevata, che si inserisce in realtà all'interno di un dibattito ben più ampio, che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza negli ultimi due decenni, attinente alla possibilità di attribuire una responsabilità legale agli *Internet Service Providers* (ISP) per gli atti commessi *online* tramite i loro *server*, ovvero attraverso gli accessi alla rete da essi forniti agli utenti. Si fa riferimento ad un tema estremamente complesso, il quale richiede un esame approfondito delle problematiche tipiche che afferiscono alle forme di manifestazione del reato, le quali diventano ancora più intricate a causa delle peculiari caratteristiche degli stessi ISP, operanti come entità non fisiche in uno spazio virtuale⁴⁰⁹.

4.4 Il ruolo degli *Internet Service providers* nel mondo digitale: premesse.

Gli *Internet Service Providers*⁴¹⁰, noti anche con l'acronimo ISP, sono entità organizzate sotto forma di imprese o associazioni che svolgono un ruolo cruciale per il funzionamento di *Internet*. Si fa riferimento ad organizzazioni che offrono una vasta gamma di servizi agli utenti, tra cui la connessione alla rete, la posta elettronica, i motori di ricerca e lo spazio per la creazione e la memorizzazione di siti *web*. Prima di affrontare gli aspetti squisitamente giuridici, sicuramente più rilevanti ai nostri fini d'indagine, è opportuno fornire una preliminare panoramica tecnico-conoscitiva sul tema, utile ad orientarsi tra le molteplici funzioni svolte proprio dagli ISP. Una parentesi imprescindibile, che permette di comprendere a pieno se e in che modo i fornitori di servizi *Internet* siano davvero coinvolti nelle attività, anche illecite, poste in essere dagli utenti e, in seconda istanza, come dottrina e giurisprudenza abbiano affrontato le questioni legate all'eventuale responsabilità dei medesimi.

⁴⁰⁹ INGRASSIA A., *Il ruolo dell'Isp nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in (a cura di) LUPARIA L., *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, pg.15 ss.

⁴¹⁰ Per un approfondimento sul tema proposto si rimanda a DE CATA M., *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, ed. Giuffrè, 2010, pg.66 ss.

Sul piano normativo, il punto di riferimento è rappresentato dal decreto legislativo del 9 aprile 2003 n.70, il quale ha recepito nella legislazione nazionale la direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico⁴¹¹. Il presente decreto definisce tre distinte categorie di operatori che agiscono su *Internet*, in base alla diversa natura dei servizi offerti. In primo luogo, all'articolo 14, vengono in considerazione gli operatori preposti allo svolgimento di funzioni cd di *mere conduit*, vale a dire all'esecuzione di attività che consistono nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione. Una diversa attività è poi rappresentata dal *caching*, ex art.15 del presente decreto, che consiste nella temporanea, intermedia ed automatica memorizzazione di dati al fine di renderne più efficace il successivo inoltramento su una rete di comunicazione. La terza categoria di operatori è infine quella degli "*host providers*", definiti all'articolo 16, i quali si occupano di mettere a disposizione degli utenti uno spazio virtuale sul proprio *server*, senza assumere alcuna responsabilità in ordine al contenuto immessovi dai fruitori del servizio⁴¹². In questo caso, i dati inseriti dagli utenti rimangono memorizzati sul *server* del *provider* per un periodo di tempo più lungo rispetto a quanto invece si verifica laddove l'ISP svolga attività di *caching*.

Dalla semplice delineazione concettuale delle diverse categorie di *Internet Service Provider* emerge la complessità delle funzioni svolte da tali soggetti nell'ambito del contesto virtuale, e quindi, l'importanza cruciale che gli stessi rivestono in relazione alle azioni intraprese dagli utenti che fruiscono dei servizi da loro offerti. Nel momento in cui *Internet* viene impiegato quale mezzo utile alla commissione di reati emergono diverse problematiche, peculiari di quelle ipotesi delittuose che si verificano in un non luogo⁴¹³, quale è lo spazio virtuale. Si fa riferimento ad un insieme di questioni che, muovendo dall'imputabilità del reato al soggetto agente-utente, sollevano molteplici interrogativi sui profili di responsabilità degli *Internet Service Providers*. Ebbene, per affrontare tali quesiti, è anzitutto essenziale considerare come, nel contesto virtuale, i concetti di azione ed evento perdano la loro connotazione naturalistica, in quanto la dimensione spaziale e temporale dell'offesa risulta sfumata, al pari delle modalità di aggressione ai beni giuridici.

⁴¹¹ La Direttiva 2000/31/CE, comunemente nota come "*Direttiva sul commercio elettronico*", è una direttiva dell'Unione Europea adottata il 8 giugno 2000. Quest'ultima mira a regolare vari aspetti del commercio elettronico all'interno del mercato unico europeo, al fine di promuovere la crescita e lo sviluppo del settore delle attività *online*.

⁴¹² In questi termini IANNI V., *La responsabilità in sede penale dell'Internet Service Provider alla luce dei più recenti decisa giurisprudenziali*, in Riv. Tel. di Dir.

⁴¹³ Espressione utilizzata, su tutti, da INGRASSIA A., *Il ruolo dell'isp nel ciberspazio cit.*, pg.15.

Come opportunamente evidenziato in dottrina⁴¹⁴, è la stessa condotta penalmente rilevante - intesa come attività umana dalla quale derivano direttamente gli effetti dannosi – ad assumere caratteristiche peculiari e complesse nello spazio virtuale. Invero, per il verificarsi dell'evento lesivo o pericoloso per gli interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico, l'azione umana è strettamente connessa alla successiva o concomitante azione automatica del dispositivo elettronico che, attraverso l'accesso alla rete globale, materializza l'intenzione dell'agente, facendo sì che l'azione si concretizzi proprio nella direzione da questi voluta. In altre parole, gli effetti dannosi dell'azione criminosa posta in essere dal soggetto agente non si manifestano direttamente sulla realtà esterna, ma sono inevitabilmente mediati dall'utilizzo del dispositivo elettronico.

Ebbene, pur restando fermo il principio della responsabilità dell'agente-utente per i reati commessi tramite *Internet*, l'interesse della dottrina verso la possibilità di coinvolgere gli ISP è motivato dal ruolo fondamentale che essi svolgono come fornitori e gestori dei servizi *Internet* che, sebbene agevolino lo svolgimento di numerose attività di indubbia liceità, vengono talvolta impiegati impropriamente dagli utenti della rete. Tuttavia, è essenziale considerare come l'*Internet Service Provider* non sia un soggetto fisico dotato di volontà criminosa, ma piuttosto un'organizzazione complessa che svolge professionalmente tale attività secondo logiche d'impresa; di conseguenza, il destinatario specifico dei precetti penali dovrà essere individuato, non senza difficoltà, all'interno della sua struttura.

Ecco che, in virtù delle considerazioni fin qui esposte, appare evidente come le sfide connesse alla definizione della responsabilità in capo agli *Internet Service Providers* non possano che implicare delicate decisioni di politica criminale, le quali richiedono la ricerca di un accurato bilanciamento tra il diritto degli utenti ad usufruire delle nuove tecnologie per poter esprimere liberamente le proprie opinioni e, in parallelo, la tutela di altri diritti fondamentali della comunità sociale, quali - su tutti - il rispetto dell'onore, della dignità, della riservatezza e la salvaguardia della sicurezza pubblica⁴¹⁵.

⁴¹⁴ RESTA F., *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur.mer.*, 2004, pg.1733.

⁴¹⁵ In tal senso LUPÁRIA L. (a cura di), *Internet provider e giustizia penale* cit.

4.5 Responsabilità dell'*Internet Service Provider*: tre alternative possibili.

Il quesito che costituisce il filo conduttore dell'intero lavoro si ripresenta qui, poiché l'istituzione di una disciplina sulla responsabilità degli *Internet Service Providers* impone necessariamente la ricerca, come appena ricordato, di un punto di equilibrio tra l'esigenza di reprimere le violazioni dei diritti fondamentali perpetrate attraverso un uso distorto delle nuove tecnologie e la salvaguardia del diritto inviolabile alla libertà di espressione. In questo contesto, la dottrina ha delineato tre possibili alternative “*a cui corrisponderebbero tre distinti ruoli sociali e tre diversi bilanciamenti dei diritti fondamentali in conflitto*”⁴¹⁶, nel tentativo di attribuire agli ISP una responsabilità coerente con gli istituti penalistici contemplati nel nostro ordinamento giuridico. Autorevole dottrina parla di tre distinti paradigmi ideal-tipici di responsabilizzazione⁴¹⁷.

Il primo, noto come “paradigma del cittadino”, si caratterizza per la massimizzazione della libertà di comunicazione e di espressione⁴¹⁸: l'*Internet Service Provider* viene di fatto equiparato agli altri utenti, escludendo così qualsiasi obbligo di segnalazione o sorveglianza in capo al medesimo sui contenuti pubblicati dai fruitori dei servizi. In quest'ottica, il ruolo sociale dell'ISP viene assimilato a quello di un comune cittadino e, di riflesso, la sua responsabilità penale circoscritta ai casi di complicità intenzionale o concorso diretto in atti illeciti commessi da terzi, ex art.110 c.p. Il secondo paradigma si contraddistingue, invece, per assicurare la più ampia tutela dei soggetti terzi e della comunità, seppur a fronte di significative limitazioni della libertà di comunicazione degli utenti⁴¹⁹; l'ISP, in base al modello *de quo*, è tenuto a svolgere un'attività di controllo e censura preventiva sul materiale caricato dagli utenti, assumendo il ruolo sociale di controllore del *cyberspazio*⁴²⁰. Dal punto di vista penale, pertanto, la responsabilità dell'ISP si configura in termini di reato omissivo improprio (ex. art. 40 c.p.), derivante dal fatto di non aver impedito un reato altrui⁴²¹. Infine, vi è poi un terzo modello di responsabilità, il quale si colloca in una posizione intermedia tra i due anzidetti. In quest'ultimo caso, invero, l'ISP viene coinvolto solo in seguito alla

⁴¹⁶ Così NISTICÒ M. – PASSAGLIA P., *Internet e Costituzione*, ed. Giappichelli, 2013, pg.315 e ss.

⁴¹⁷ In tal senso INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio* cit., pg.5.

⁴¹⁸ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.9.

⁴¹⁹ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.9.

⁴²⁰ INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine* cit., pg.5.

⁴²¹ Sul tema LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, pg.353 ss.

commissione dei reati *online*, con l'obbligo – in quanto tutore dell'ordine⁴²² - di segnalare gli illeciti alle autorità competenti, collaborare nell'individuazione degli autori e rimuovere il materiale illecito. In tale ipotesi, il modello di responsabilità è quello del reato omissivo proprio, con la conseguenza che il *provider* potrà essere chiamato a rispondere unicamente laddove non abbia adempiuto agli obblighi di collaborazione con le autorità competenti, fatti salvi i casi di autoria e di concorso attivo.

4.5.1 Il contributo penalmente rilevante ex art. 110 c.p.

Nel nostro sistema giuridico, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel riconoscere la responsabilità penale dell'*Internet Service Provider* per i reati commessi autonomamente da quest'ultimo. Osservando, per esempio, la categoria dei reati informatici propriamente detti⁴²³, non sussistono dubbi sul fatto che l'ISP possa assumere la qualità di soggetto agente dell'ipotesi delittuosa, nella misura in cui, abusando delle proprie prerogative, arrechi un pregiudizio agli utenti di *Internet*⁴²⁴. Similmente, volgendo lo sguardo ai reati informatici in senso ampio, cioè quei reati che possono essere commessi sia *online* che *offline*, è indubbio come almeno alcune delle fattispecie criminose previste nel nostro ordinamento possano essere commesse anche da parte degli ISP. Rientrano certamente in questa categoria i reati di diffamazione, di istigazione all'odio razziale, nonché la divulgazione di materiali illeciti, quali i documenti coperti dal diritto d'autore o dal contenuto pedopornografico. Una prima forma di responsabilità del *provider*, come sottolineato da autorevole dottrina, è pertanto quella relativa ai casi di autoria⁴²⁵.

Ben più complessa è invece la definizione dei criteri che le condotte dei gestori di *Internet* devono rispettare affinché possano essere inquadrare nell'istituto del concorso di persone nella commissione del reato. In dottrina, più nello specifico, si discute circa la possibilità di assoggettare gli ISP alla disciplina generale dell'articolo 110 del codice penale⁴²⁶ o, ipotesi alternativa, se sia preferibile introdurre una disciplina speciale in materia, più garantista e

⁴²² In questi termini INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine* cit., pg.6.

⁴²³ Si fa qui riferimento ai cd reati informatici "in senso stretto", cioè quei reati per la cui consumazione è imprescindibile l'utilizzo del *computer*.

⁴²⁴ Questo scenario si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui il provider del servizio di posta elettronica tentasse di "profilare" gli utenti per scopi commerciali, violando così la riservatezza della loro corrispondenza.

⁴²⁵ In questi termini INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio* cit., pg.8.

⁴²⁶ Art.110 c.p.: "Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti".

maggiormente orientata alla tutela dei diritti fondamentali, che ponga al centro il ruolo che i *providers* ricoprono nella gestione dei servizi *Internet*.

Muovendo dal mero dato letterale del disposto normativo, affinché possa trovare applicazione l'articolo 110 c.p. è necessario che vi sia un illecito, almeno in forma tentata, commesso da più persone e che, ulteriore requisito fatto proprio dalla norma, il concorrente fornisca almeno un "contributo facilitante" alla commissione del reato, senza il quale sarebbe stato più difficile, per i soggetti agenti, porre in essere l'azione criminosa. Ebbene, spostando il *focus* sui reati commessi dagli utenti attraverso le nuove tecnologie, è del tutto evidente come la fornitura di servizi e prestazioni *Internet* da parte degli ISP rappresenti un elemento cruciale per consentire la circolazione dei contenuti illeciti prodotti dai fruitori della rete. È lapalissiano, invero, che senza l'offerta di determinati servizi da parte dei gestori, gli utenti non potrebbero utilizzarli per porre in essere condotte criminose.

Tuttavia, pare tutt'altro che corretto affermare la responsabilità del *provider* ex. art.110 c.p. per il semplice fatto che questi fornisca servizi legittimi che, sebbene originariamente volti a facilitare l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, possono talvolta essere utilizzati in modo distorto. Il ruolo cruciale svolto dall'ISP nello spazio virtuale, al contrario, potrebbe giustificare l'adozione di una disciplina più garantista in materia di responsabilità concorsuale. Secondo quanto sostenuto da autorevole dottrina giuridica, nel nostro ordinamento "*un concorso del provider nella diffusione di materiali illeciti immessi da terzi sul server da lui gestito risulta attualmente ammissibile solo qualora egli abbia una previa consapevolezza dell'altrui intenzione di commettere uno specifico reato e dolosamente intenda agevolarne la realizzazione*"⁴²⁷. Invero, la gestione dei servizi *Internet* è di per sé un'attività neutra e legittima, il che implica che la responsabilità penale dell'ISP può derivare solo ed unicamente dalla presenza di un'intensa partecipazione volontaria, accompagnata dalla reale possibilità del medesimo di prevenire la commissione del fatto criminoso.

Una prospettiva, quest'ultima, che pare preferibile anche in considerazione della disciplina sulla responsabilità degli ISP contemplata all'interno del decreto legislativo n.70 del 2003 in materia di commercio elettronico. Secondo quanto stabilito all'articolo 14 del suddetto decreto⁴²⁸, invero, la responsabilità del gestore di *Internet* che fornisce un servizio di *mere*

⁴²⁷ In questi termini SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. Inf.*, 1998, pg.745 ss.

⁴²⁸ L'art. 14 dispone quanto segue: "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

conduit - consistente nel trasmettere su una rete di comunicazione informazioni fornite dal destinatario del servizio o nel fornire l'accesso alla rete - è esclusa qualora la sua attività si limiti alla mera intermediazione tecnica. Ciò implica, in altre parole, che se il gestore si è limitato a svolgere unicamente un ruolo passivo ed automatico nella diffusione dei dati, senza selezionarli o venire a conoscenza del loro contenuto, la sua responsabilità è esclusa.

Sul punto si è espressa autorevole dottrina⁴²⁹, la quale ha evidenziato che questa disposizione esclude la responsabilità del *provider* solamente nella misura in cui quest'ultimo abbia svolto un ruolo passivo nell'erogazione del servizio; tuttavia, nell'esercizio delle sue funzioni, l'ISP non può evitare di assumere un ruolo attivo nella gestione e nell'instradamento delle informazioni in transito. Di riflesso, sempre in forza della lettura avanzata in sede dottrinale, la norma dovrebbe essere interpretata nel senso che la responsabilità del *provider* verrà in considerazione solo se vi è stata una sua partecipazione attiva del medesimo nella commissione del reato. Per quanto riguarda invece il servizio di temporanea memorizzazione dei dati, il cd *caching*, l'ISP sarà responsabile dei danni derivanti dal materiale memorizzato solo se ha modificato tali dati o se, una volta venuto a conoscenza del loro contenuto illecito, non ha agito per rimuoverli. In tal senso, sarà pertanto esente da responsabilità il *provider* che, nell'ambito della sua attività, abbia effettuato solo la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea dei dati, al fine di agevolarne, previa richiesta, il successivo inoltramento ad altri destinatari.

L'attività di *hosting*, regolamentata dall'articolo 16 del Codice sul commercio elettronico⁴³⁰, consiste invece (come già ricordato nei paragrafi pregressi) nella fornitura di una serie di

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".

⁴²⁹ Si fa qui riferimento a PUNTIGNANI A., *Sul provider, responsabilità differenziate*, in Guida al diritto, n.20/03.

⁴³⁰ L'art. 16 dispone quanto segue: "Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

servizi, che vanno dalla gestione del sito sul *server* (con la memorizzazione delle pagine *web*), fino alla gestione degli archivi informatici del cliente. Ebbene, il *provider* che offre tali servizi sarà penalmente responsabile del reato solo nella misura in cui fosse ad effettiva conoscenza del contenuto illecito dell'attività o delle informazioni memorizzate e non abbia prontamente informato le autorità competenti per rimuovere o rendere inaccessibili tali dati. Inoltre, il secondo comma dell'articolo 16 stabilisce la piena responsabilità del *provider* nel caso in cui il destinatario del servizio agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore; in questa situazione, invero, l'ISP non può considerarsi estraneo alle informazioni trasmesse e, di riflesso, sarà direttamente responsabile dei contenuti illeciti diffusi in rete.

A quanto appena detto, si aggiunge un elemento ulteriore. È importante sottolineare come nel nostro ordinamento non esista un obbligo normativo per l'ISP che imponga a quest'ultimo di cercare autonomamente e cancellare i contenuti illeciti immessi in rete dagli utenti. Al contrario, l'articolo 17 del decreto legislativo n.70 del 2003 stabilisce che "*il prestatore dei servizi non è soggetto a un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né a un obbligo generale di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*"⁴³¹. Al contrario, è invece previsto che se l'ISP viene a conoscenza della commissione di reati da parte degli utenti che animano la rete, è tenuto a segnalarlo tempestivamente alle autorità competenti, questo per consentire la tempestiva repressione dell'illecito.

Quest'ultima disposizione riveste - *sine dubio* - un'importanza fondamentale, poiché esclude l'obbligo per il *provider* di esercitare un controllo preventivo o successivo sulle informazioni memorizzate o trasmesse, un'aspettativa del tutto irrealistica alla luce della vastità di dati che vengono continuamente inseriti e modificati nella rete globale.

Dalle considerazioni sin qui esposte emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di escludere la rilevanza penale delle attività svolte dall'*Internet Service Provider* quando questi non avesse effettiva conoscenza del contenuto illecito dei dati trasmessi o memorizzati, non

⁴³¹ In tal senso NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.12. Tantomeno, specifica l'autore, un rimprovero all'isp può fondarsi sugli artt. 57 e 57-bis c.p., i quali – come è noto – disciplinano la responsabilità del direttore e del vice-direttore (per la stampa periodica) e dell'editore o dello stampatore (per quella non periodica) per i reati commessi col mezzo della stampa e non impediti a causa di un insufficiente controllo: a ben vedere, infatti, l'applicazione di tali norme al provider si risolverebbe in un'estensione analogica in *malam partem*, stante, per un verso, le sostanziali differenze che caratterizzano i due mezzi di comunicazione; per l'altro, l'impossibilità per i provider di verificare i contenuti pubblicati, che – a ben vedere – costituisce la ragione della responsabilità dei direttori di stampa periodica. In questi termini anche DE NATALE D., *La responsabilità dei fornitori di informazioni in internet per i casi di diffamazione on line*, in Riv. trim. dir. pen. eco., 2009, pg.539 e ss; INGRASSIA A., *Il ruolo dell'isp nel ciberspazio* cit., pg.27.

potendo essere identificato uno schema psicologico di dolo diretto nell'operato dell'ISP medesimo. Di conseguenza, si esclude *in toto* la possibilità di ricondurre la responsabilità del *provider* nello schema del concorso colposo nell'altrui reato doloso.

Conclusivamente, si può asserire come la costruzione di una responsabilità concorsuale del *provider* dovrebbe, pertanto, prendere in considerazione il ruolo particolare che esso svolge nello spazio virtuale, valutando la liceità o meno dell'attività posta in essere in relazione alle modalità di erogazione del servizio. Secondo questa ricostruzione, l'ISP potrebbe essere chiamato a rispondere, a titolo di concorrente nella commissione del reato, qualora sia possibile dimostrare che la sua condotta è stata caratterizzata da un'intensa partecipazione dolosa. Seguendo tale ricostruzione, si potrebbe così parlare di concorso commissivo solo nella misura in cui il *provider* abbia svolto un'attività di valutazione attiva del contenuto dei dati prodotti dagli utenti o di immissione dei dati stessi nel circuito comunicativo. Nel caso in cui, ipotesi contraria, l'ISP abbia avuto un ruolo meramente passivo nella trasmissione dei contenuti o si sia limitato a memorizzare i dati senza selezionarli o acquisire conoscenza del loro contenuto, l'ipotesi concorsuale andrebbe esclusa. Ne consegue che la responsabilità penale dell'ISP incaricato dell'*hosting*, ovvero della memorizzazione duratura dei dati, sarà individuabile solo nei casi in cui esso fosse realmente a conoscenza del carattere penalmente rilevante delle informazioni o attività memorizzate. Nel caso in cui, invece, l'ISP sia incaricato solo della memorizzazione temporanea dei dati (*caching*), sarà responsabile dei danni arrecati dal materiale registrato solo nel caso in cui intervenga attivamente su tali informazioni o, venendo a conoscenza del loro contenuto illecito, non provveda prontamente alla loro rimozione⁴³².

Concludendo sul punto, si può dunque asserire come - almeno nel nostro ordinamento - un concorso dell'ISP nella divulgazione di contenuti penalmente rilevanti che gli utenti abbiano provveduto ad immettere sul *server* dal primo gestito è configurabile solo nel caso in cui il *provider* sia consapevole dell'altrui intenzione di perpetrare dei reati e cerchi, con coscienza e volontà, di agevolare la realizzazione (c.d. concorso doloso nel reato doloso).

⁴³² STEA G., *La diffamazione a mezzo di internet*, in Riv. pen. 12/2008, pg.1247 e ss. Non è sufficiente – precisa l'autore – dimostrare che il *provider*, nell'adempimento delle sue funzioni, avrebbe potuto rendersi conto della rilevanza penale dei dati trasmessi in rete dagli utenti; all'opposto, occorre fornire prova effettiva della conoscenza concreta dell'utilizzo criminale dei servizi offerti.

4.5.2. Il concorso omissivo improprio: la responsabilità dei *providers* per mancato impedimento dell'evento.

Il secondo approccio teorico, proposto sempre dalla dottrina, parte invece dalla necessità di individuare una posizione di garanzia dell'*Internet Service Provider*, il quale sarebbe così chiamato a tenere un comportamento positivo per impedire agli utenti dei servizi offerti di servirsi degli stessi al fine di commettere dei reati. Posto che, come già ampiamente ricordato, nel Codice sul commercio elettronico non sono stabilite specifiche ipotesi di responsabilità penale nei confronti del fornitore di servizi *internet*, è necessario fare riferimento alle regole generali dell'ordinamento penale.

Il secondo comma dell'art.40 c.p.⁴³³ statuisce la responsabilità penale di chi, avendo l'obbligo giuridico di impedire un evento dannoso, non adotta un comportamento conforme a quanto richiesto dal legislatore, contribuendo così alla sua realizzazione. Ebbene, la dottrina⁴³⁴ ha costantemente escluso la presenza, nell'attuale sistema normativo, di una disposizione dalla quale si possa ricavare un obbligo generale per gli ISP di impedire il compimento di illeciti da parte degli utenti della rete. Al contrario, sembra che il legislatore si stia orientando nella direzione opposta, escludendo, ad esempio nell'art.17 del decreto legislativo n.70 del 2003, l'obbligo per il *provider* di vigilare attivamente sulla legittimità delle informazioni trasmesse o memorizzate, così come di ricercare attivamente fatti o circostanze che possano indicare la presenza di attività illecite.

Va inoltre tenuto presente che, oltre alla mancanza di un obbligo giuridico, gli *Internet Service Providers* non dispongono, neppure sul piano legale, dei poteri necessari per ostacolare il verificarsi dell'evento dannoso. Il legislatore, agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 70/2003, concede infatti all'ISP il potere di rimuovere i contenuti illeciti solo previa richiesta delle autorità competenti e, requisito ulteriore, solo se la rilevanza penale di tali contenuti risulta manifesta. Va detto come la rigidità della normativa in materia è del tutto comprensibile, posto il rischio, spesse volte riproposto nella prassi, che i gestori dei servizi *Internet* possano abusare dei loro poteri, ostacolando così il diritto fondamentale degli utenti alla libertà di espressione; ne consegue che la rimozione dei contenuti che prescinde da

⁴³³ Art.40 c.p.: "1. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. 2. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"

⁴³⁴ Così MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in Dir. inform., 2001, n.17, 2, pg.145 ss.

tali disposizioni potrebbe legittimamente esporre l'ISP ad un obbligo risarcitorio nei confronti dell'utente ingiustamente censurato.

Ecco che le considerazioni appena esposte portano, una volta di più, ad escludere la responsabilità dell'ISP per gli illeciti commessi via *Internet* dai fruitori dei servizi offerti: l'ISP altro non è che un soggetto neutrale rispetto ai contenuti *online*, non avendo alcuna relazione sostanziale con gli stessi, quale quella esistente tra l'utente-autore e le informazioni divulgate. Inoltre, la dottrina⁴³⁵ ha opportunamente rilevato come l'attribuzione di una responsabilità all'ISP per l'omesso impedimento di un evento, in assenza di un obbligo giuridico in tal senso, si porrebbe in aperto contrasto con il principio di legalità ex art.25 c.2 Cost., oltre a sollevare dubbi di conformità anche rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero. Questo poiché il *provider*, un soggetto privato, si troverebbe ad esercitare un significativo controllo sulla rete, al fine di ostacolare la commissione di reati, con l'evidente rischio di censura. Analogamente, non può essere accolta quell'impostazione che vorrebbe riconoscere la responsabilità dei *providers* in quanto esercenti un'attività pericolosa. Invero, il solo fatto che le nuove tecnologie possano essere utilizzate per commettere reati non è sufficiente per poter qualificare la gestione di *Internet* in termini di attività pericolosa.

Le conclusioni appena riportate sono peraltro state confermate in sede giurisprudenziale, come nel *leading case* "*Google v. Vividown*"⁴³⁶. In tale occasione, i gestori di *Internet* sono stati chiamati a rispondere, oltre che del reato di illecito trattamento dei dati, anche per non aver impedito la commissione del reato di diffamazione *online* posto in essere dagli autori di un filmato – dal contenuto censurabile – pubblicato in rete. Il giudice del tribunale di Milano ha tuttavia escluso ogni responsabilità in capo al *provider* per il delitto contestato, evidenziando l'assenza, fino a oggi, di "*un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo delle innumerevoli serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti web, e non appare possibile ricavarlo aliunde superando d'un balzo il divieto di analogia in malam partem, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale*"⁴³⁷. Pertanto, almeno in un primo momento, anche il versante giurisprudenziale ha riconosciuto come, in accordo a quanto previsto dall'attuale sistema normativo italiano, non sia riscontrabile in capo all'ISP la previsione di un obbligo giuridico di impedire i reati e come,

⁴³⁵ Su tutti FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider, appunti di diritto comparato e rilievi critici*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004.

⁴³⁶ L'intera vicenda processuale è puntualmente descritta da INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso sul caso Google*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

⁴³⁷ In questi termini Trib. Milano, 12 aprile 2010, n.1972.

anche a voler sostenere diversamente, si arriverebbe all'assurdo di imporre al fruitore dei servizi *Internet* di compiere un controllo preventivo su tutto il materiale immesso in rete, determinandone così l'immediata impossibilità di funzionamento.

Recentemente, tuttavia, si è osservato un diverso orientamento interpretativo sul tema, tanto nella giurisprudenza civile di primo grado⁴³⁸, quanto in una recente pronuncia della Suprema Corte⁴³⁹. Un diverso indirizzo che, all'opposto del pregresso, riconosce la possibilità di attribuire una responsabilità penale all'*hosting provider* - in qualità di complice - per omissione nel reato commesso dall'utente, in virtù dell'obbligo di rimuovere il materiale illecito ex art.16 del Decreto Legislativo n.70 del 2003. In particolare, i giudici di legittimità - chiamati a decidere in ordine all'imputazione del gestore di un sito *Internet* che aveva ospitato un contenuto offensivo nella sezione dei commenti - hanno fatto leva sull'assunto che il *provider* avesse, nel caso di specie, mantenuto consapevolmente il contenuto sul proprio portale, sebbene fosse a conoscenza della sua natura illecita, mancando così di intraprendere le azioni necessarie per prevenire la diffusione della condotta diffamatoria. A simili conclusioni è giunta altresì la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso "*Delfi v. Estonia*"⁴⁴⁰, deciso dalla *Grande Chambre* nel giugno del 2015. Nel caso *de quo*, i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione del diritto alla libertà di espressione sancito dall'articolo 10 della Convenzione europea, riconoscendo la conformità della decisione di risarcimento dei danni emessa nei confronti di uno dei principali portali di *news* dell'Estonia, a causa dei commenti incitanti all'odio e alla violenza pubblicati dagli utenti del sito.

Nel tentativo di comprendere le ragioni che fanno da sfondo a questo significativo mutamento giurisprudenziale, occorre considerare l'evoluzione significativa che ha accompagnato - negli ultimi anni - le tipologie e i modelli di attività dei *service providers*. Il riferimento, più in profondità, è alla diffusione di piattaforme *online* gestite da *providers* che, unitamente alle più tradizionali funzioni passive di memorizzazione dei dati, offrono altresì servizi di indicizzazione, categorizzazione e organizzazione delle informazioni fornite e caricate dagli utenti. Ebbene, se poteva sembrare giustificata una limitazione della responsabilità, specie in un settore economico e tecnologico ancora in fase di sviluppo, nei casi in cui l'attività del fornitore di servizi informatici fosse di natura esclusivamente tecnica, automatica e passiva,

⁴³⁸ Trib. Napoli Nord, sez. II, 3 novembre 2016, in *Giur.it.*, 2017, pg.629 ss., con nota di BOCCHINI R., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*.

⁴³⁹ Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Foro it.*, 2017, pg.251 ss., con nota di DI CIOMMO F., *Responsabilità dell'internet hosting provider, diffamazione a mezzo Facebook e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*.

⁴⁴⁰ Corte edu, Grande Camera, 16 giugno 2015, *Delfi c. Estonia*, in www.federalismi.it.

non si può concludere ugualmente quando la funzione del *provider* si configura in termini di "hosting attivo"⁴⁴¹.

Tuttavia, benché si possano comprendere le motivazioni alla base del mutamento giurisprudenziale ravvisato in materia, permane più di qualche incertezza circa la possibilità di attribuire una responsabilità al *provider* basata sul modello del reato omissivo improprio⁴⁴². In effetti, evidenzia autorevole dottrina⁴⁴³, in mancanza di una disposizione incriminatrice suppletiva che stabilisca una clausola di equivalenza tra l'omissione di interrompere gli effetti di un reato e la sua commissione attiva, similmente a quanto previsto dall'articolo 40 c.p., appare problematico imputare la responsabilità in capo ad un individuo per non aver prevenuto la protrazione dell'offesa al bene giuridico, pena l'inosservanza del principio di legalità in materia penale. A ciò si aggiunge che la responsabilità per l'omesso impedimento del reato presupporrebbe, come evidente, la mancata consumazione del medesimo fatto criminoso⁴⁴⁴; tuttavia, nel contesto del reato di diffamazione *online*, tale circostanza si verifica - secondo una consolidata giurisprudenza⁴⁴⁵ - nel momento in cui l'autore delle espressioni illecite attiva il collegamento. Pertanto, in virtù di queste considerazioni conclusive, risulta poco plausibile identificare una partecipazione del *provider*, ancorché in forma omissiva, alla condotta diffamatoria, considerando sia il successivo mantenimento della disponibilità *online* dei contenuti, sia l'omessa cancellazione degli stessi, in quanto "condotte che seguono l'avvenuta realizzazione del reato"⁴⁴⁶.

4.5.3 Le responsabilità dell'ISP nella rimozione "post-reato": quale modello sanzionatorio?

La mancanza di persuasione del paradigma idealtipico appena descritto, basato sul reato omissivo improprio, non può in ogni caso essere interpretata in termini di accettazione del modello opposto, che esclude, fatti salvi i casi di autoria e co-autoria, ogni forma di responsabilità in capo all'ISP. Un simile approccio, invero, sottovaluta impropriamente il contributo offerto dal *provider* nella diffusione dei contenuti digitali illeciti, tanto nella fase

⁴⁴¹ In tal senso NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.17/18.

⁴⁴² NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.18.

⁴⁴³ In tal senso INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider* cit., pg.1627.

⁴⁴⁴ Così INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider* cit., pg.1625.

⁴⁴⁵ Cass. pen., sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875, Cicino, in CED 234528; Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2008, n. 16262, T.E.N., in www.iusexplorer.it.

⁴⁴⁶ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.18.

iniziale della loro pubblicazione *online*, quanto in quella successiva della loro permanenza. D'altra parte, emerge limpidamente come il modello di "irresponsabilizzazione" generale, sancito anche dal legislatore, non sia più rispondente all'attuale evoluzione tecnologica, come peraltro evidenziato dai cambiamenti interpretativi della giurisprudenza⁴⁴⁷.

Una volta, dunque, preso atto della parziale inadeguatezza del testo normativo di riferimento, una revisione delle regole che disciplinano la responsabilità del *provider* dovrebbe focalizzarsi sulla fase successiva al caricamento del contenuto illecito da parte degli utenti, valorizzandone – nell'ottica di un bilanciamento tra la libertà di impresa dell'ISP, la libertà di espressione dell'utente e la tutela dei terzi – il ruolo di "tutore dell'ordine"⁴⁴⁸. In questa prospettiva, sarebbe pertanto auspicabile la formulazione di un preciso obbligo concernente la rimozione dei contenuti illeciti o la restrizione dell'accesso agli utenti in capo ai siti che li ospitano, seguendo il modello normativo già in vigore per la protezione del diritto d'autore e la lotta contro la diffusione di materiale pedopornografico e al terrorismo⁴⁴⁹. Tuttavia, anche considerando tale ipotetica regolamentazione, persistono alcune questioni critiche.

Un primo risvolto problematico, già intrinsecamente complesso, attiene all'identificazione del momento in cui sorge l'obbligo di rimozione per l'ISP, e ancor più specificamente, se risulti necessario un provvedimento formale da parte dell'autorità competente o, piuttosto, se possa ritenersi bastevole la semplice conoscenza del contenuto illecito, ottenuta - ad esempio - tramite una segnalazione della parte lesa. In assenza di una chiara indicazione da parte del legislatore sul punto, la questione non risulta di facile risoluzione: da un lato, invero, affidare la determinazione del momento in cui scatta l'obbligo di rimozione a informazioni acquisite autonomamente dal *provider* o a segnalazioni provenienti da privati potrebbe, di fatto, riproporre i rischi associati ad un modello di responsabilità basato sul controllo preventivo; dall'altro, è evidente come le rapide dinamiche del *web* non sempre consentano di attendere le

⁴⁴⁷ Così NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.19.

⁴⁴⁸ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.19.

⁴⁴⁹ Sul tema, in senso parzialmente critico, per tutti, PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, pg.260. In particolare, si fa riferimento ai meccanismi noti come "notice and take down", già contemplati dal legislatore per i suddetti ambiti normativi, secondo i quali il *provider* è tenuto a segnalare all'autorità competente i contenuti di dubbia liceità, affinché vengano valutati e, eventualmente, sia emesso un ordine di rimozione o sia imposto il blocco dell'accesso agli utenti. Questo strumento è stato recentemente riproposto, sebbene senza un sistema sanzionatorio specifico, anche in materia di contrasto al fenomeno del *cyberbullismo*. L'articolo 2 della legge 29 maggio 2017, n.71, invero, prevede che il minore di quattordici anni, il genitore o il tutore, vittime di uno degli illeciti indicati dall'articolo 1, comma 2 della stessa legge, possano presentare al titolare del trattamento o al gestore del sito *Internet* una richiesta di oscuramento, rimozione o blocco di qualsiasi dato personale del minore diffuso in rete.

più lente procedure formali della giustizia⁴⁵⁰. Il secondo profilo di criticità, di importanza fondamentale, attiene invece al modello sanzionatorio da applicarsi al *provider* in caso di mancato adempimento degli obblighi di rimozione dei contenuti illeciti o di blocco dell'accesso ai siti *web* che li ospitano.

Ebbene, esaminando le disposizioni già esistenti, si osserva come, a fronte di alcuni casi in cui è la legge a stabilire esplicitamente il regime sanzionatorio conseguente all'inadempimento, prevedendo ad esempio una sanzione amministrativa pecuniaria⁴⁵¹, ve ne sono altri caratterizzati dal silenzio del legislatore, per i quali si è ipotizzata l'applicazione del reato di inosservanza dolosa di un provvedimento del giudice (ex art.388 c.p.) o della contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità (ex art.650 c.p.). Tuttavia, queste soluzioni risultano tutt'altro che soddisfacenti. Invero, l'applicazione di tali fattispecie richiede la presenza di un provvedimento formale dell'autorità competente (presupposto il cui carattere necessario, come si è detto in precedenza, è tutt'altro che pacifico⁴⁵²), nonché, con particolare riferimento all'articolo 388 c.p., il compimento di atti fraudolenti, requisito che, secondo l'indirizzo fatto proprio dal filone dottrinale e giurisprudenziale maggioritario, non può essere ravvisato nella mera inosservanza di una decisione giudiziaria⁴⁵³.

L'auspicio, allora, non può che essere quello di un'armonizzazione della risposta dell'ordinamento a fronte delle condotte omissive dell'ISP⁴⁵⁴, pur riconoscendo che la stessa dipende dalla previa risoluzione della *quaestio* fondamentale riguardante l'opportunità di ricorrere, in queste ipotesi, alla sanzione penale. In questa prospettiva, l'opinione preferibile – avanzata in dottrina⁴⁵⁵ – sembra quella che propende per l'adozione di sanzioni amministrative pecuniarie, possibilmente di entità significativa ed eventualmente affiancate da sanzioni interdittive.

Invero, la predisposizione di un modello sanzionatorio basato sulla risposta amministrativa, oltre a rivelarsi maggiormente rispettoso dei principi di proporzionalità e sussidiarietà

⁴⁵⁰ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.20.

⁴⁵¹ Il riferimento è alla disciplina contenuta nell'articolo 14-*quater* della Legge n.269 del 1998, in materia di contrasto alla diffusione di materiale pedopornografico. Quest'ultima normativa, invero, prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che varia da 50.000 a 250.000 euro inflitta dal Ministero delle Comunicazioni.

⁴⁵² In questi termini LA ROSA E., *La protezione dei beni giuridici nel mercato unico digitale tra istanze securitarie e tutela dei diritti*, Ordine internazionale e diritti umani, 2016, pg.740.

⁴⁵³ ALESSANDRI A., *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, pg.154 ss.; in tal senso ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VI ed., Milano, 2016, pg.325 ss.

⁴⁵⁴ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.22.

⁴⁵⁵ Su tutti INGRASSIA A., *Il ruolo dell'Isp nel ciberspazio* cit., pg.40 ss. Così anche LA ROSA E., *La protezione dei beni giuridici* cit., pg.740.

dell'intervento penale, scongiura il rischio di un utilizzo puramente simbolico del medesimo. Inoltre, presenta *sine dubio* una più incisiva efficacia deterrente, trattandosi di condotte generalmente compiute da soggetti che gestiscono un'attività d'impresa e, in quanto tali, particolarmente sensibili all'incidenza patrimoniale della sanzione, nonché a risposte di carattere inibitorio⁴⁵⁶.

4.5.4 L'esperienza tedesca per “migliorare la tutela dei diritti sui *social network*”.

I nodi dogmatici sin qui esaminati si rivelano ancor più complessi laddove ci si focalizzi sul tema da cui è partita questa riflessione, ovvero i discorsi d'odio; invero, è innegabile la problematicità nell'affidare esclusivamente a un soggetto privato la valutazione delle manifestazioni del pensiero effettivamente riconducibili all'*hate speech*, non solo per il rischio che tale valutazione possa essere influenzata principalmente da interessi economici, ma soprattutto poiché il *provider* sembra carente degli strumenti culturali necessari per emettere un giudizio accurato in tal senso. Come opportunamente rilevato in dottrina: “è inquietante, in sostanza, l'idea di un privato che verrebbe incaricato di esercitare una sorta di censura per conto dell'ordinamento, avendo i mezzi tecnici ma non quelli culturali per realizzarla”⁴⁵⁷. Quale, dunque, la soluzione? Come già ampiamente ricordato, l'idea di una generale irresponsabilità dei *provider* non è convincente, considerando il ruolo fondamentale che gli stessi svolgono circa la permanenza e la diffusione dell'odio *online* e, in particolar modo, quando la loro attività non si esaurisce nella mera memorizzazione passiva, come nel caso dei *social network*. Piuttosto, si rende necessario individuare specifici meccanismi che, a fronte dell'auspicata responsabilizzazione per i casi di mancata rimozione di messaggi offensivi, consentano un opportuno bilanciamento degli interessi coinvolti.

Ebbene, spunti significativi in tal senso sono emersi dalla recente legislazione introdotta in Germania, in vigore dal 1° ottobre 2017, volta proprio a contrastare gli abusi perpetrati sui *social network*, con particolare riferimento alla diffusione di discorsi d'odio e delle cd *fake*

⁴⁵⁶ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.21.

⁴⁵⁷ In questi termini FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale* cit., pg.431.

*news*⁴⁵⁸. Un fenomeno, quello della pubblicazione e diffusione di notizie false, sempre più dilagante in età contemporanea, capace di danneggiare gravemente privati e aziende, condizionare la sfera politica, nonché minare fortemente la credibilità del mondo dell'informazione e della scienza⁴⁵⁹.

Più specificamente, il nuovo quadro normativo impone alle piattaforme *social* con almeno due milioni di utenti registrati in Germania di istituire un sistema di notifica dei contenuti illeciti, accessibile e, al tempo stesso, efficiente per gli utenti medesimi. Tale sistema richiede al gestore del *social network* di intervenire tempestivamente sulle segnalazioni, rimuovendo i contenuti segnalati entro 24 ore, se palesemente illeciti, e entro 7 giorni in tutti gli altri casi, fatta salva la possibilità di ricorrere ad un organismo di autoregolamentazione accreditato⁴⁶⁰.

A questa previsione si aggiunge, inoltre, l'obbligo di garantire una procedura trasparente per la gestione delle segnalazioni, che informi l'autore del contenuto, nonché il segnalante, sulla decisione adottata e sulle relative motivazioni. Qualora un individuo si ritenga danneggiato da contenuti non rimossi o disabilitati, può fare appello al giudice di merito competente, la cui decisione è però inappellabile, con la conseguenza che la determinazione emessa sarà vincolante per l'autorità amministrativa coinvolta. Per concludere, il mancato rispetto delle disposizioni appena ricordate comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, con un importo massimo variabile tra i cinquecento mila euro e i cinque milioni di euro, a seconda della gravità della violazione commessa.

Ebbene, come si evince da questa breve sintesi, diversi sono i meriti ascrivibili all'approccio normativo adottato in Germania. Prima di tutto, è lodevole la decisione di intervenire, anziché con un sistema di autoregolamentazione, con una normativa giuridicamente vincolante, *sine dubio* più rispondente alla necessità di contrastare fenomeni altamente dannosi per gli interessi personali e collettivi, quali onore, reputazione, riservatezza, dignità, uguaglianza e non discriminazione⁴⁶¹. In secondo luogo, è altresì apprezzabile l'equilibrio raggiunto nel bilanciare gli interessi coinvolti, garantito dalla possibilità di rivolgersi a un organo di

⁴⁵⁸ CODIGLIONE G.G., *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in Dir. inf., 2017, pg. 728 ss. L'obiettivo precipuo della normativa è chiaramente quello di contrastare il fenomeno del linguaggio d'odio *online* e qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'opinione, l'origine etnica, il colore della pelle, la religione, l'orientamento sessuale e, in generale, ogni comportamento illecito diffuso sui *social media*, compresa la divulgazione di informazioni mendaci.

⁴⁵⁹ Un fenomeno che costringe inoltre ad alcune riflessioni sul lemma "*parresia*", già menzionato nel capitolo introduttivo, accostato nelle traduzioni evangeliche luterane al concetto di fiducia.

⁴⁶⁰ Così NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.24.

⁴⁶¹ In questi termini CODIGLIONE G.G., *La nuova legge tedesca* cit., pg.732.

autoregolamentazione indipendente, dalla presenza di strumenti volti a garantire il contraddittorio delle parti e, su tutti, dalla differenziazione delle tempistiche previste per gli obblighi di rimozione. Invero, data la mancanza di attitudini intellettuali e culturali in capo ai *providers* nel discernere l'illiceità delle informazioni ospitate sui propri *server*, la scelta di concedere un periodo più ampio per intervenire sui contenuti non chiaramente riconducibili alla categoria degli *hate speeches online* non può che ritenersi pregevole. Solo facendo leva su approccio di questo tipo, come peraltro evidenziato da autorevole dottrina⁴⁶², si possono infatti scongiurare forme di censura arbitraria.

In ultimo, merita di essere valutato positivamente anche il modello sanzionatorio previsto. In *primis*, poiché le sanzioni si concentrano sull'inadempienza degli obblighi imposti al *provider*, senza "*contemplare in maniera espressa il fatto che la decisione sul merito della segnalazione, quindi sull'illiceità del contenuto, possa risultare erronea, ridimensionando così i rischi di pretese risarcitorie*"⁴⁶³. In *secundis*, per l'aver preferito alla risposta penale il ricorso alla sanzione punitiva di carattere amministrativo, ancorché di notevole entità.

4.6 Prospettive per la futura regolamentazione del fenomeno: riflessioni conclusive.

L'analisi condotta finora ha dunque evidenziato la necessità di una più puntuale regolamentazione delle attività che coinvolgono il *Cyberspazio*, specie considerando il crescente ruolo attivo svolto dai *providers* e la sempre maggior incisività che i sistemi *online* hanno sulle nostre vite. Necessità che diventa ancora più urgente ove si guardi alla diffusione pervasiva delle manifestazioni di odio in rete; come ampiamente dimostrato, invero, il potenziale comunicativo di *Internet* ha favorito la pubblicità degli istinti più reconditi⁴⁶⁴, determinando una continua e crescente proliferazione dell'odio. Un cambiamento, quest'ultimo, che coinvolge tutti i livelli di comunicazione, compreso quello politico e istituzionale, posto che l'odio genera coesione, permette di mobilitare le masse e ottenere consenso⁴⁶⁵. Tuttavia, il riesame delle regole di responsabilità in capo agli ISP non può in

⁴⁶² PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo* cit., pg.259.

⁴⁶³ Così NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.25. Negli stessi termini anche BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pg.606 ss.

⁴⁶⁴ NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.25.

⁴⁶⁵ In questi termini ZICCARDI G., *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016, pg.229.

ogni caso prescindere da una ponderata valutazione dei molteplici interessi in gioco, soprattutto nella misura in cui si intenda sollecitare l'intervento del legislatore penale.

In tale ottica, è essenziale evitare con decisione qualsiasi tentativo di eccessiva penalizzazione del *web*: una normativa che miri a limitare le libertà nell'ambiente digitale - anche se giustificata dalla tutela dell'uguaglianza e della dignità individuale - rischia non solo di comprimere in misura inaccettabile la libertà di espressione, ma anche di alterare significativamente i comportamenti degli utenti e le strategie commerciali delle piattaforme tecnologiche, con gravi ripercussioni economiche. Maggiormente equilibrata, all'opposto, appare la previsione di sistemi regolatori che - con vincoli giuridicamente riconosciuti - impongano ai fornitori di servizi obblighi di rimozione successivi, accompagnati da specifiche garanzie, quali la chiarezza e la rapidità delle tempistiche, la trasparenza e il rispetto del principio del contraddittorio, seguendo l'esempio di quanto già attuato - come appena visto - in alcuni Stati europei. Tuttavia, l'efficacia di una tale regolamentazione potrebbe essere pienamente garantita solo se integrata in un quadro di più ampia armonizzazione della legislazione sovranazionale, se non addirittura internazionale; invero, considerando la natura senza spazio e senza tempo del *web*⁴⁶⁶, la diversità e la frammentazione degli approcci normativi non possono che agevolare la diffusione di comportamenti dannosi.

Ebbene, i recenti sforzi compiuti a livello europeo nel promuovere la collaborazione con le piattaforme digitali e nello sviluppare codici di condotta in materia rappresentano, sicuramente, un primo passo significativo in questa direzione. Più in termini generali, è da accogliere con favore l'incremento dell'attenzione dedicata al ruolo del *provider* nella regolamentazione di questioni "sensibili" (basti pensare alle già menzionate direttive in materia di contrasto al terrorismo o di tutela del diritto d'autore), posto che i medesimi - alla luce della crescente varietà di servizi offerti - non possono più essere considerati meri attori tecnici e passivi. La strada, insomma, inizia ad essere tracciata. Si tratta ora di proseguire con decisione "*in questo cammino non semplice, ma necessario, della progressiva armonizzazione delle regole*"⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Sul punto VIGNERI F., *Brevi considerazioni sulla natura e sulle caratteristiche dello spazio cibernetico*, Salvis Juribus, 2019.

⁴⁶⁷ In questi termini NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale* cit., pg.25.

CAPITOLO V – NUOVI REATI DI OPINIONE AL VAGLIO DEL DIBATTITO CONTEMPORANEO: DALLA PROPOSTA DI LEGGE ZAN AL NEGAZIONISMO CLIMATICO.

5.1 Premesse.

Tutte le argomentazioni fin qui esposte conducono ad una conclusione univoca: tracciare una linea di confine tra libertà e censura in campo penalistico è impresa tutt'altro che immediata. Basti a tal proposito ricordare come, ai giorni nostri, il dibattito in materia sembra vivere una seconda giovinezza e non solo, come appena visto, per l'avvento del mondo digitale. Invero, negli ultimi anni sono state avanzate in sede legislativa alcune proposte di legge volte a colmare delle apparenti, meno secondo altri, *lacuna legis* proprie del nostro ordinamento giuridico ma che, in parallelo, hanno posto molteplici interrogativi. E' giusto continuare ad incidere sul diritto alla libertà di manifestazione del pensiero al fine di rispondere alle esigenze proprie della società civile? E, ancor più in generale, è corretto contrastare alcuni fenomeni (sicuramente censurabili) in continua espansione ricorrendo al mero strumento penale?

Per rispondere a queste domande e, ancor meglio, per capire come la *questio* dei reati di opinione continui a rivestire un ruolo di assoluta centralità nel panorama giuridico contemporaneo, occorre ancora dedicare qualche riflessione al dibattito scaturito in dottrina in merito al disegno di legge Zan e, seppur in via minoritaria, all'ancora più recente – seppur per ora solo paventata - proposta legislativa volta ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico il reato di negazionismo climatico.

5.2 Il disegno di legge Zan: inquadramento generale.

Come già ampiamente evidenziato, l'attenzione riservata negli ultimi anni dalla dottrina e dall'opinione pubblica al tema dell'*hate speech* è in costante ascesa, anche e soprattutto alla luce delle recenti innovazioni tecnologiche⁴⁶⁸. Non solo, questo rinnovato interesse è dovuto altresì, almeno nel nostro ordinamento giuridico, alla presentazione di una proposta di emendamento degli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale, formulata non più tardi di

⁴⁶⁸ V. Cap. IV, par. 2.

qualche anno fa all'interno di un disegno di legge recante "misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza motivata da sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità", comunemente noto (impropriamente) come "disegno di legge sull'omofobia" o, più semplicemente, "disegno di legge Zan", dal nome del deputato proponente Alessandro Zan⁴⁶⁹.

Prima di esaminare i dettagli sostanziali del suddetto disegno di legge, è cruciale notare come la possibilità di approvazione del medesimo sia stata definitivamente compromessa dalla decisione del Senato - assunta con voto segreto il 27 ottobre 2021 - di non procedere all'esame degli articoli in esso contenuti, presa di posizione che ha inevitabilmente diviso l'opinione pubblica. Inoltre, è altresì significativo sottolineare come la proposta *de quo* lungi dal rappresentare un *unicum* della nostra storia legislativa: in passato, invero, si sono susseguite diverse proposte di modifica dell'attuale legislazione in materia di discorsi d'odio, le quali, però, si sono risolte in senso sfavorevole. Effettuando un breve *excursus* sul punto⁴⁷⁰, la prima previsione come autonoma fattispecie di reato degli atti di discriminazione omofobica era stata inserita nel Progetto di Legge AC 2807, presentato alla Camera dei Deputati nell'ottobre 2009. Il suddetto disegno di legge prospettava un ampliamento applicativo della legge Reale-Mancino (ovvero degli atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi), con il fine ultimo di ricomprendere anche i comportamenti a sfondo omofobo e transfobico. In linea con tale prospettiva anche il successivo disegno di legge Scalfarotto, il quale, ispirato agli stessi obiettivi che animavano l'AC 2807, si distingueva da quest'ultimo per il solo fatto di non prevedere l'estensione del reato di propaganda di idee razziste (previsto all'epoca dall'articolo 3, comma 1, lettera a) della legge 654/1975) ai comportamenti fondati sull'omofobia e sulla transfobia. Nel progetto originario, nota a contorno, venivano altresì contemplate le definizioni, ai fini della legge penale, dei concetti di "identità sessuale", "identità di genere", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale".

Restringendo ora il campo di osservazione al disegno di legge Zan, occorre anzitutto evidenziare come le numerose controversie sviluppatesi intorno ad esso abbiano riguardato, prima ancora che i suoi contenuti specifici, il relativo processo di approvazione, il quale ha richiesto "*più di una riflessione sullo stato attuale del procedimento legislativo italiano*

⁴⁶⁹ Più in profondità, il disegno di legge altro non è che l'unificazione delle proposte A.C. 107 Boldrini, 569 Zan, 868 Scalfarotto et alii, 2171 Perantoni et alii, 2255 Bartolozzi.

⁴⁷⁰ Sul tema GOISIS L., *Crimini d'odio* cit., pg.509 ss.; negli stessi termini anche PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pg.19 ss.

*quando non condizionato dalle scelte procedurali del Governo*⁴⁷¹. Più in profondità, le principali problematiche sono emerse soprattutto durante la discussione in Senato, dove la maggioranza favorevole all'approvazione della proposta di legge si trovava ad operare con margini numerici piuttosto stretti. A titolo esemplificativo, va menzionato il ruolo assunto dalla fase istruttoria destinata allo svolgimento delle audizioni nella Commissione Giustizia, in cui l'importante contributo degli esperti, volto all'approfondimento di questioni complesse e sensibili, come quelle al centro del dibattito nel caso di specie, è stato strumentalizzato con il fine ultimo di rallentare l'operato della Commissione stessa. Tale strategia, tanto censurabile quanto efficace sul piano pratico, ha indotto la maggioranza a chiedere la calendarizzazione del disegno di legge direttamente in Aula e senza relatore⁴⁷².

La discussione inerente al disegno di legge si è inoltre contraddistinta per un ulteriore profilo di assoluta singolarità, il quale ha suscitato diverse reazioni nell'opinione pubblica, richiedendo così una necessaria presa di posizione da parte del Presidente della Camera e, su tutti, del Presidente del Consiglio dei ministri. Si fa riferimento alla "Nota Verbale" emanata dalla Santa Sede e resa pubblica, nella sua versione integrale, il 24 giugno 2021, in cui si manifestava il timore generico che i contenuti del disegno di legge potessero avere *“l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario [...]”*⁴⁷³. Ebbene, questi aspetti, estremamente interconnessi con altre branche del diritto quali il diritto costituzionale e il diritto ecclesiastico, non possono che evidenziare l'ampia portata delle questioni giuridiche e politiche sollevate dal disegno di legge qui oggetto di discussione.

Scontate queste premesse preliminari, occorre ora soffermarsi più da vicino sul contenuto intrinseco del progetto riformatore⁴⁷⁴, il quale, articolato in 10 articoli, mirava a contrastare tipicamente le forme di discriminazione e violenza omotransfobica e misogina. L'articolo 1 conteneva anzitutto un insieme di definizioni destinate a guidare l'interpretazione della legge stessa; nello specifico, si asseriva quanto segue: *“Ai fini della presente legge: a) per sesso si*

⁴⁷¹ In questi termini CURRERI S., *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in GenIUS, 2021, pg.1 ss.

⁴⁷² CURRERI S., *Il travagliato iter parlamentare* cit., pg.16 ss.

⁴⁷³ Il testo prosegue in questi termini: *“Diverse espressioni della Sacra Scrittura, della Tradizione ecclesiale e del Magistero autentico dei Papi e dei Vescovi considerano, a molteplici effetti, la differenza sessuale, secondo una prospettiva antropologica che al Chiesa cattolica non ritiene disponibile perché derivata dalla stessa Rivelazione divina [...]”*. Per il testo integrale della Nota si rimanda a www.vaticannews.va/it/vaticano/news/2021-06/testo-integrale-nota-verbale-segreteria-stato-ddl-zan.

⁴⁷⁴ GOISIS L., *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in GenIUS, 2021, pg.81 ss.

intende il sesso biologico o anagrafico; b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso; c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi; d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione". Un insieme di definizioni, quelle appena riportate, parzialmente sovrapponibili a quelle proposte nel pregresso progetto di legge Scalfarotto, già menzionato anteriormente.

Agli articoli 2 e 3 si prevedeva, invece, la rettifica degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., sostituendo la rubrica del primo con la seguente dicitura: *“Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità”, con l'inserimento al termine del primo comma, lettera a) e b), e del secondo comma l'inciso “oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità”* e introducendo all'articolo 604-*ter* del codice penale, dopo l'espressione “o religioso”, la medesima formula. Con gli articoli in questione, in altri termini, si andavano ad aggiungere alle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi gli atti discriminatori fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità. L'estensione riguardava le fattispecie di istigazione al compimento o di compimento di atti discriminatori e violenti, nonché la fattispecie associativa, mentre la novella normativa non avrebbe apportato alcuna modifica sostanziale né alla fattispecie di propaganda e né tantomeno all'ipotesi di negazionismo, imponendo al giudice il compito di qualificare un atto quale propaganda (non punibile) ovvero quale istigazione (punibile)⁴⁷⁵.

Ebbene, già in questa sede si ravvisa una prima “spaccatura” del versante dottrinale. Secondo la frangia minoritaria, invero, il D.D.L. Zan non si sarebbe limitato al mero ampliamento delle fattispecie criminose⁴⁷⁶; una posizione, quest'ultima, considerata del tutto *“singolare e utilizzabile a livello propagandistico, ma non rilevante in termini sostanziali”*⁴⁷⁷. Più correttamente, almeno secondo questa lettura, l'opzione legislativa fatta propria dal disegno di

⁴⁷⁵ ROSSI E., *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2021, pg.555.

⁴⁷⁶ Lettura fatta propria dalla dottrina dominante. Su tutti CURRERI S., *Il travagliato iter parlamentare* cit., pg.2; secondo l'autore, invero, il ddl Zan *“non introduce una nuova fattispecie di reato. Piuttosto estende i delitti già previsti”*.

⁴⁷⁷ In questi termini ROSSI E., *Definizioni normative e uso simbolico* cit.

legge *de quo* appare quella del reato autonomo, posto che l'istigazione a commettere atti di discriminazione costituisce una “*nuova fattispecie di reato d'espressione*”⁴⁷⁸.

Proseguendo in ordine squisitamente numerico vi era poi l'articolo 4, il quale, di assoluta rilevanza ai nostri fini d'indagine, recava una clausola di salvaguardia della libertà d'espressione, stabilendo che “*ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*”. Per concludere questa sintetica parentesi contenutistica, vanno in ultimo menzionati gli articoli 7, 8, 9 e 10 del disegno di legge, i quali avrebbero infine contemplato l'implementazione di politiche volte a promuovere la pari dignità e, in parallelo, azioni di supporto a favore delle vittime di reato, dando così piena attuazione a quella strategia integrata e multilivello che mira a bilanciare prospettive repressive e preventive.

Prima di addentrarci nelle questioni di natura più strettamente penalistica afferenti al disegno di legge *de quo*, vanno ancora fatte alcune, seppur brevi, considerazioni di carattere generale. Purtroppo, dai dibattiti parlamentari che hanno caratterizzato l'*iter* di discussione non è emersa un'immagine favorevole del legislatore attuale, indipendentemente dall'affiliazione politica. Da un lato, coloro che si sono opposti all'approvazione del disegno di legge hanno spesso formulato argomentazioni e obiezioni estranee all'oggetto della discussione, generando confusione e diffidenza riguardo a concetti che, anziché rappresentare ideologie⁴⁷⁹, coinvolgono aspetti intimi della vita delle persone. Addirittura, è stato ripetutamente sollevato l'imperativo a non affrontare il tema, in quanto ritenuto eticamente sensibile e suscettibile di generare divisioni, laddove – per converso - le incertezze generate dalla pandemia avrebbero richiesto un'intesa tra le varie fazioni politiche⁴⁸⁰.

D'altro canto, i sostenitori della proposta in questione hanno frequentemente emesso comunicati pubblici sostenendo la necessità di approvare il disegno di legge "così com'era", nonostante le svariate critiche costruttive avanzate dagli esperti, atte a rimarcare la presenza di

⁴⁷⁸ Così PULITANÒ D., *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, n.7-8, pg.3. Negli stessi termini anche CONTE L., *Il “Ddl Zan” tra Costituzione e politica legislativa*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2021, pg.300.

⁴⁷⁹ Sul punto DAMENO R., *Educazione e genere. Presentazione*, in *GenIUS*, 2016, pg.147 ss.

⁴⁸⁰ Sull'atteggiamento censurabile del legislatore in materia PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, 2015, pg.10 ss.; sempre in chiave critica si esprime PELISSERO M., *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 2015, pg.17, il quale parla di “*difficoltà del nostro legislatore di effettuare scelte su temi eticamente sensibili*”.

profili normativi suscettibili di miglioramento.

Infine, un aspetto che è stato completamente trascurato è proprio quello attinente alle strategie di contrasto all'odio *online*, il quale, come discusso nel capitolo dedicato⁴⁸¹, pone "*sfide diverse ed ulteriori*"⁴⁸²; il disegno di legge, invero, avrebbe potuto costituire un'opportunità per esaminare questioni di più ampio respiro, anziché limitarsi a rispondere ad una richiesta proveniente dalla società civile.

5.2.1 I dubbi e le criticità di matrice penalistica del D.D.L. Zan: la violazione del principio di determinatezza tra posizioni giuridiche contrastanti.

Una prima critica che viene mossa al disegno di legge Zan, al pari del precedente progetto di legge Scalfarotto, è quella di prevedere definizioni eccessivamente ampie e generiche sulla base delle quali limitare l'applicabilità della legge penale e, in quanto tali, in aperto contrasto con il principio di determinatezza, specie in riferimento alle nozioni di orientamento sessuale e identità di genere. Parte della dottrina, invero, ha fatto propria l'idea per cui l'articolo 1 del disegno di legge avrebbe inteso ridefinire la natura umana, conducendo "*all'aberrazione per cui lo stesso soggetto può dichiarare di appartenere a un genere o all'altro a seconda del suo stato d'animo o persino della sua convenienza*"⁴⁸³. Tuttavia, altra parte della dottrina e degli esperti che hanno contribuito alla stesura del disegno di legge presso la medesima Commissione hanno ritenuto questa critica del tutto infondata, posto che i concetti di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere sono stati ampiamente assimilati nell'attuale *corpus* normativo, in quanto impiegati in altre branche del diritto; sul punto, basti fare riferimento alla legislazione giuslavoristica e all'ordinamento penitenziario, nonché alle leggi estere e alla giurisprudenza interna e sovranazionale⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ V. Cap. IV.

⁴⁸² In questi termini GOISIS L., *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law* cit., pg.86.

⁴⁸³ In questi termini DIONEDI C., *Alcune osservazioni aggiuntive sul D.D.L. sulla omotransfobia*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it.

⁴⁸⁴ LOCATI G.M., GUARNIERI F.R., *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 Luglio 2020; In questi termini anche PREARO M., *Il fenomeno dell'odio omolesbobitansfobico come problema pubblico: un'analisi dei dati e delle statistiche*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it, secondo il quale "*riconoscere l'orientamento sessuale e l'identità di genere attraverso queste definizioni ormai stabilite da decenni dalla letteratura scientifica e anche dal diritto significa estendere il campo di intervento dello Stato a tutte le minoranze, e non limitarne l'applicazione a tale o tal'altra categoria*"; Così anche PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi* cit., pg.11.

A titolo squisitamente esemplificativo, volendosi attenere proprio al quadro sovranazionale, va menzionato il rapporto presentato dall'Alto Commissario per i Diritti Umani e delle Nazioni Unite in data 17 novembre 2011, dal titolo "*Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*", nonché le linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) in materia di protezione internazionale, relative alle richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o sull'identità di genere.

Non solo, va altresì rilevato come le definizioni in oggetto trovino conforto anche nella copiosa letteratura scientifica disponibile sul punto, la quale - sebbene con minime variazioni intercorrenti tra i diversi autori - converge nel definire il sesso (i) come l'insieme di caratteristiche genetiche codificate nei cromosomi visibili attraverso i caratteri sessuali primari e secondari; il genere (ii) come il complesso di caratteristiche e aspettative comportamentali, sociali e psicologiche associate al sesso biologico; l'orientamento sessuale (iii) come l'attrazione erotica e affettiva verso individui dello stesso sesso, del sesso opposto o di entrambi; in ultimo, l'identità di genere (iv) quale senso interno e soggettivo di appartenenza alle categorie sociali e culturali "maschio" o "femmina", indipendentemente dal sesso biologico⁴⁸⁵.

Alla luce di queste considerazioni, pare si possa dunque affermare come in riferimento alle definizioni di cui all'articolo 1 del D.D.L. Zan, proprio in quanto solidamente radicate nel patrimonio giuridico contemporaneo e nella già menzionata letteratura scientifica, nessuna incompatibilità con il principio di determinatezza potesse dirsi sussistente, specie ove si consideri che tali definizioni avrebbero avuto una rilevanza circoscritta all'ambito applicativo della legge⁴⁸⁶.

Ancora, alla medesima conclusione si addivene guardando a come dottrina e giurisprudenza hanno declinato nel tempo lo stesso principio di determinatezza. Invero, come statuito dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n.304/2004, quest'ultimo "*non esclude l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si*

⁴⁸⁵ MOSER C., *Defining Sexual Orientation*, in Archives of Sexual Behavior, 2016, pg.505.

⁴⁸⁶ *Contra* FIANDACA G., *Cosa non va nel D.D.L. Zan*, 17 Maggio 2021, in www.ilfoglio.it. Secondo l'autore, invero, le definizioni legislative sono concepite specificamente per assumere un'importanza giuridica, fungendo da parametri di riferimento vincolanti volti a guidare non solo i giudici, ma anche i cittadini stessi.

*innesta*⁴⁸⁷ e, ulteriore rilievo di matrice dottrinale, “*si può ritenere violato solo quando la norma, per indeterminatezza dei connotati, non consente di individuare, nonostante il massimo sforzo interpretativo, il tipo di fatto disciplinato*”⁴⁸⁸.

Nonostante le osservazioni appena riportate, condivise dalla stragrande maggioranza del versante dottrinale, la formulazione del disegno di legge, come detto, lungi dall’essere stata esente da critiche⁴⁸⁹. In *primis*, si è lamentata la mancanza all’articolo 1 di una definizione di disabilità, sebbene quest’ultima fosse contemplata nell’alveo dei tratti e delle qualità soggette a protezione contro discriminazioni e violenze. Un’assenza, quest’ultima, considerata ancor più problematica alla luce dei molteplici documenti nazionali ed internazionali che avrebbero potuto guidare il legislatore in materia. Ancora, sempre in riferimento alle definizioni presenti nell’articolo 1, l’affermazione “*per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico*” è stata aspramente criticata per l’utilizzo della disgiunzione “o” e per il riferimento al dato anagrafico, in quanto non allineata alla letteratura internazionale, che limita la nozione di sesso alla mera componente biologica.

Conclusivamente, spostando ancora una volta il *focus* sul presunto difetto di determinatezza della proposta di legge, c’è chi si è chiesto, su tutti Giovanni Fiandaca, se non fosse possibile richiamare - nel caso di specie - la tecnica di normazione sintetica, individuando un termine capace di ricomprendere le diverse componenti della dimensione sessuale di una persona, quale “identità sessuale”. Una scelta, quest’ultima, tecnicamente più elegante e potenzialmente in grado di snellire il testo normativo, ma che non avrebbe di certo assicurato maggiore precisione, “*posto che l’espressione “identità sessuale” avrebbe dovuto essere oggetto di interpretazione, mentre il disegno di legge utilizza una terminologia ampiamente consolidata nelle scienze sociali ed anche in ambito giuridico*”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Così anche COCCO G., AMBROSETTI E.M., *La legge penale (a cura di), Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 2 – La legge penale*, Milano, 2019, pg.91.

⁴⁸⁸ In questi termini MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, pg.68.

⁴⁸⁹ I rilievi critici più sotto esposti sono tratti da SOMMAGGIO P., *Audizione di fronte alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica sui progetti di legge 2005 e 2205*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

⁴⁹⁰ In questi termini PELISSERO M., *Il ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Relazione conclusiva*, in *Genius*, 2021-2, pg.4.

5.2.2. La tensione tra libertà di espressione e censura nel dibattito politico contemporaneo e proposte costruttive di modifica del disegno di legge.

La critica più incisiva sollevata nei confronti del disegno di legge Zan, venendo ora al tema più rilevante ai nostri fini di indagine, riguarda però la presunta natura liberticida del medesimo, più precisamente con riguardo ad una potenziale illegittima compressione della libertà di manifestazione del pensiero. Come abbiamo visto nei capitoli pregressi, si tratta in realtà di un'obiezione tradizionale quando si discute l'intervento della legge penale in materia di discorsi d'odio, ma che nel caso di specie è stata formulata con toni e argomentazioni tali da risultare ingannevoli e fuorvianti⁴⁹¹.

Va anzitutto rilevato come queste preoccupazioni siano state riconosciute e discusse anche dallo stesso legislatore: nella prima questione pregiudiziale sollevata al Senato e poi respinta, è stato infatti affermato che *“una rivendicazione del ruolo della famiglia così come riconosciuta ai sensi dell'articolo 29 della Costituzione come fulcro della società, un insegnamento religioso sull'importanza di un matrimonio fertile, non possono in alcun modo essere riconducibili a intenti violenti, lungi dall'esortare, neanche implicitamente, a condotte minacciose, o lesive, di persone con un diverso orientamento sessuale”*. Ciò nonostante, i rimproveri al disegno di legge si sono sprecati, generando una vera e propria spaccatura tra due distinti filoni dottrinali, i quali fanno leva su argomentazioni giuridiche più che mai antitetiche e, in quanto tali, difficilmente conciliabili.

I più critici, con specifico riguardo alla tutela del solo orientamento sessuale, hanno per esempio lamentato l'intenzione – con il pretesto di arrecare una maggior determinatezza della norma – di estendere lo scudo penale tanto ai vari orientamenti sessuali ancora oggi riconosciuti in termini di disturbi della personalità, quali *“la tendenza sessuale masochistica, la tendenza sessuale sadistica, la tendenza sessuale feticistica [...]”*, quanto alle ancora oggi assai dibattute teorie del *gender*, alla cui stregua l'identità della persona non è determinata dalla biologia, bensì dalla libera scelta dell'individuo. Ne conseguirebbe, secondo questa lettura, che la mancata accettazione di taluni orientamenti sessuali e la condanna dei medesimi potrebbero essere soggette a valutazioni legali ed ascritte nell'alveo delle espressioni di odio *“verso coloro che se ne facessero sostenitori in una dimensione di assoluta*

⁴⁹¹ GOISIS L., *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, Dialnet, 2020, pg.1545.

autodeterminazione sessuale”⁴⁹².

Ebbene, muovendo da quest’ultima considerazione, la dottrina maggioritaria ritiene del tutto legittimo affermare come il timore espresso sia in realtà privo di fondamento, sia dal punto di vista scientifico che giuridico. Sotto il profilo scientifico poiché il DSM-5 chiarisce che “*l’orientamento sessuale non è in alcun modo riferibile al disturbo mentale*”⁴⁹³ e, in *secundis*, in quanto gli esempi menzionati (voyeurismo, masochismo, sadismo, feticismo) non rappresentano orientamenti sessuali, bensì comportamenti o pratiche sessuali, ovvero riguardano “*le attività sessuali dell’individuo*” o “*gli oggetti verso cui è rivolta l’attività sessuale*”⁴⁹⁴. Sotto il profilo giuridico, ancor più rilevante ai nostri fini, poiché l’articolo 1 del disegno di legge definisce l’orientamento sessuale come “*attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi*”, focalizzando l’attenzione sul concetto di persona piuttosto che sul concetto di pratica.

In tema di potenziali limiti alla libertà di espressione, vanno però ancora avanzate alcune considerazioni di carattere generale fatte proprie da chi, in dottrina, si è espresso in difesa del disegno riformatore. In primo luogo, viene ribadito come la proposta di legge in questione non avrebbe esteso la tutela penale alla fattispecie di propaganda, “*la quale rappresenta - sine dubio - la forma di hate speech, il reato d’opinione per eccellenza*”⁴⁹⁵. La sanzionabilità della propaganda ex art.604-*bis* sarebbe dunque rimasta circoscritta alle idee fondate sulla superiorità etnica o sull’odio razziale.

Inoltre, le obiezioni sollevate sono ritenute altresì superabili anche alla luce degli approdi giurisprudenziali ormai del tutto consolidati nel nostro ordinamento giuridico; invero, è pacifico come la giurisprudenza costituzionale, al pari di quella ordinaria, abbia costantemente interpretato le fattispecie istigatorie - le uniche per cui di fatto è stata prevista

⁴⁹² In tal senso RONCO M., *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l’omofobia e le discriminazioni fondate sull’identità di genere*, 21 Maggio 2020, in www.camera.it, pg.12. L’autore prosegue sul punto: “*L’effetto paralizzante della stessa discussione scientifica in ordine alle problematiche del gender sarebbe devastante sul piano culturale, creando una sorta di riserva protetta per coloro che sostengono determinate teorie e propongono forme educative corrispondenti alle teorie relative alla fluidità dell’identità sessuale*”.

⁴⁹³ SIGNORELLI M.S., *I disturbi sessuali nel DSM-5. Aspetti relazionali tra vecchie e nuove diagnosi*, in *Quaderni di Gestalt: rivista trimestrale di psicoterapia della Gestalt*, 2014, pg.2.

⁴⁹⁴ PELISSERO M., *Omofovia e plausibilità dell’intervento penale* cit., pg.19. Secondo cui “*non è un’argomentazione scientificamente fondata perché basterebbe leggere i documenti dell’Organizzazione mondiale della sanità per rendersi conto che l’orientamento sessuale non può essere accostato a queste altre condotte; omosessualità e transessualità non sono malattie e non possono essere accostate a psicopatie, se non a costo di un regresso sul piano della scienza psichiatrica, considerato che l’omosessualità non è più considerata un disturbo sessuale a partire dalla terza edizione del DSM del 1980*”.

⁴⁹⁵ In questi termini GOISIS L., *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *GenIUS* 2021-2, pg.11.

l'estensione della tutela penale – alla luce del pericolo concreto, “*bilanciando gli interessi in gioco – libertà di espressione e dignità umana – a favore della seconda, la pari dignità appunto, il bene giuridico tutelato dai delitti contro l'uguaglianza*”⁴⁹⁶. Ecco che il timore di possibili slabbature applicative della norma, conseguenti all'adozione del disegno di legge, non può che ritenersi scongiurato: rileva “*non qualsiasi sollecitazione a un determinato comportamento, ma solo le condotte che in concreto siano idonee a far sì che il destinatario accolga il messaggio istigatorio*”⁴⁹⁷.

Non solo, ma ammesso e concesso che ve ne fosse davvero bisogno⁴⁹⁸, l'articolo 4 del disegno di legge *de quo*, frutto del cd emendamento Costa, si premurava altresì di far salve “*la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte*”, con il solo limite dell'idoneità di quelle condotte e di quelle opinioni a “*determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*”.

Ne consegue, dunque, che alle critiche avanzate da chi ha intravisto – e continua a intravedere - il rischio di un eccessivo “*pantagruelismo penale*”⁴⁹⁹ la dottrina dominante risponde come, nel caso *de quo*, “*non si tratta di introdurre nel nostro sistema giuridico uno strumento di tutela completamente nuovo, bensì si sta semplicemente conducendo un'operazione meramente estensiva, volta ad ampliare la portata di quello già esistente*”⁵⁰⁰. Se è vero che le condotte di istigazione o di commissione di atti discriminatori risultano già sanzionabili in presenza di determinate circostanze personali, quali ad esempio la razza, si fatica a comprendere il motivo per cui l'espansione della tutela verso situazioni conformi, nonché del tutto assimilabili a *standard* sovranazionali e giurisprudenziali interni, dovrebbe invece essere considerata un'ipertrofia del diritto penale.

Inoltre, sempre secondo il medesimo filone interpretativo, libera manifestazione della propria identità di genere e del proprio orientamento sessuale e libertà di espressione non possono in

⁴⁹⁶ Così GOISIS L., *Un diritto penale antidiscriminatorio* cit., pg.11. Per un ulteriore approfondimento si rinvia nuovamente a GOISIS L., *Crimini d'odio* cit., pg.202 ss.

⁴⁹⁷ PELISSERO M., *Il ddl Zan tra diritto penale* cit., pg.5.

⁴⁹⁸ CAIELLI M., *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in *GenIUS* 2021-2, pg.9; PELISSERO M., *Il ddl Zan tra diritto penale* cit., pg.5. Pelissero ritiene che l'introduzione dell'articolo 4 sia del tutto priva di giustificazione, in quanto il medesimo, ancorché frutto di un compromesso: “*nulla aggiunge all'interpretazione che è pacificamente consolidata in dottrina e giurisprudenza in relazione ai reati di istigazione*”.

⁴⁹⁹ Così CHINOTTI S., *Un commento sulle proposte di legge in materia di discriminazione o violenza per motivi di genere, orientamento sessuale e identità di genere. Audizione avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it, pg.4.

⁵⁰⁰ CHINOTTI S., *Un commento sulle proposte di legge* cit., pg.4 ss.

alcun modo essere rappresentate l'una in conflitto con l'altra: non solo, sotto il profilo normativo, entrambe godono del medesimo *status* di diritti costituzionalmente garantiti e già oggi assistiti da una specifica normativa ordinaria, ma soprattutto poiché “*non avrebbe evidentemente senso postulare una libertà di manifestare il proprio pensiero e la propria opinione in capo a una persona che non abbia, a monte, la libertà di manifestare liberamente la propria identità in tutti gli aspetti di cui essa si compone, compresi quelli attinenti all'identità di genere e all'orientamento sessuale*”,⁵⁰¹.

In questo *mare magnum* di opinioni dottrinali, vi è infine chi ha ritenuto più opportuno trarre ispirazione da alcune critiche costruttive rivolte al disegno di legge, al fine di apportare alcune modifiche volte a perfezionarne il contenuto. Alcuni esperti, ad esempio, hanno sollevato la necessità di definire chiaramente i confini del concetto di discriminazione, posto che da quest'ultimo dipenderebbe la qualificazione di determinate espressioni in termini di libertà di pensiero o meno⁵⁰². Più nello specifico, si sarebbe potuta valutare l'opportunità, seguendo il modello francese, di introdurre una definizione generale di discriminazione basata sulle disposizioni attualmente in vigore.

Un possibile miglioramento avrebbe potuto interessare anche lo stesso articolo 4 del disegno di legge: quest'ultimo, nel prevedere una clausola di salvaguardia per la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato si allinea a quanto previsto nel contesto anglosassone dalle Sezioni 29J e 29JA del *Public Order Act*⁵⁰³, dove si statuisce che le norme volte a contrastare l'odio basato sul credo religioso o sull'orientamento sessuale non devono essere interpretate o applicate in modo tale da vietare o limitare la discussione, la critica o le espressioni di antipatia nei confronti di particolari religioni o credenze, né le pratiche dei loro aderenti, né i comportamenti o le pratiche sessuali o le unioni tra persone dello stesso sesso, né devono vietare o limitare le attività di proselitismo o gli inviti rivolti da parte di un gruppo ad abbandonare una religione o un sistema di credenze o a modificare pratiche sessuali. Dall'altro lato, si tratta chiaramente di una disposizione di compromesso, non presente nella formulazione originaria del disegno di legge e implementata solo in un momento successivo,

⁵⁰¹ FILICE F., *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it, pg.4.

⁵⁰² In questi termini DE FRANCESCO A., *Disegno di legge “Zan”: elementi di riflessione*, 21 Maggio 2021, in www.filodiritto.com.

⁵⁰³ Il *Public Order Act* del 1986 è stato un importante atto legislativo che ha fortemente influenzato le normative in materia di ordine pubblico nel Regno Unito. Il *Public Order Act* ha affrontato una serie di questioni, tra cui la violenza durante le manifestazioni pubbliche, nonché la protezione dell'ordine pubblico contro il comportamento disordinato o provocatorio.

quando la Commissione Affari costituzionali della Camera, interpellata in sede consultiva, ha subordinato il proprio parere favorevole al testo a tale modifica.

Ebbene, sulla scorta di valutazioni eminentemente politiche, c'è chi ha suggerito una modifica dell'articolo *de quo*, sostituendo l'espressione "*purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*" con "*salvo che si tratti di condotte dirette a (o aventi lo scopo di) determinare il concreto pericolo di atti discriminatori o violenti*" ovvero "*purché non dirette a determinare in modo immediato la commissione di atti discriminatori o violenti*"⁵⁰⁴.

5.3 La proposta di penalizzazione del “negazionismo climatico”.

La proposta di legge Zan, come ricordato in sede introduttiva, non è però l'unica ad aver animato il dibattito giuridico in tema di rapporto dialettico tra libertà e censura nel diritto penale liberale. Invero, anche la recente proposta legislativa, seppur meramente annunciata, avanzata da Angelo Bonelli (co-portavoce dei Verdi e deputato di Avs) e volta ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico la fattispecie di negazionismo climatico⁵⁰⁵ non può che sollevare molteplici perplessità in materia e, ancor più in generale, sul ruolo stesso del diritto penale.

Non si può certo negare come la questione del cambiamento climatico rappresenti una delle sfide più discusse del nostro tempo, coinvolgendo su più livelli l'opinione pubblica. Nonostante la crescente evidenza scientifica, supportata da numerosi studi e manifestazioni tangibili degli effetti apportati dal cambiamento climatico, non si può infatti fare a meno di notare come esista ancora oggi una significativa porzione della società civile che rifiuta o minimizza l'entità e la gravità del fenomeno. Una tendenza, quest'ultima, che può essere attribuita a diversi fattori, quali la complessità del contesto scientifico, la distorta percezione delle informazioni filtrate dai *media*, nonché la presenza di interessi economici contrapposti. Ebbene, parte della dottrina sostiene come sia arrivato il momento di reprimere quelle argomentazioni volte ad inscenare un dibattito scientifico sul cambiamento climatico, in

⁵⁰⁴ V. rispettivamente Commissione Giustizia del Senato sui “Disegni di legge n. 2005 e n. 2205, contrasto della discriminazione o violenza per sesso, genere o disabilità”, audizione del 30 Giugno 2021 del Prof. Cesare Mirabelli, pg.3, e dell'8 Luglio 2021 dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, pg.6, in www.senato.it.

⁵⁰⁵ Il 21 luglio scorso, Angelo Bonelli ha minacciato la volontà di proporre un disegno volto ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico il reato di negazionismo climatico da opporre al “*climafregghismo che vede crescere nell'altro campo politico*”. L'iniziativa, ha assicurato Bonelli, si trasformerà in una vera e propria proposta di legge posto che l'Italia, sostiene il deputato, si sta rapidamente trasformando in un “hotspot climatico”.

quale, in realtà, deve ormai ritenersi sepolto. Lasciare aperte le porte del *free speech* e quindi garantire la possibilità di "fornire più punti di vista" sul tema non può che implicare il conferire riconoscimento, visibilità e legittimità a posizioni che non sono supportate scientificamente e, in quanto tali, inammissibili.

Sono proprio queste le argomentazioni che fanno da sfondo al suggerimento di trasformare in reato il negazionismo climatico, condiviso anche in una nota dell'Unesco⁵⁰⁶. Secondo Catriona McKinnon, docente di filosofia politica presso l'Università di Exeter, il comportamento del negazionista climatico deve essere paragonato a quello di una persona che, ignorando l'evidenza di un incendio appena scoppiato, rifiuta di prendere sul serio l'allarme, impedendo agli altri di adottare misure di sicurezza. Per lei non ci sono dubbi: *“Quelli che gridano ‘non c’è un incendio’ devono essere messi subito a tacere, perché l’incendio c’è e richiede un’azione rapida e decisa per impedire che si diffonda”*⁵⁰⁷.

Ebbene, questa lettura sembra aver permeato anche una frangia del panorama politico italiano, come dimostra la proposta di legge annunciata nell'estate del 2023 dal deputato Bonelli, qui oggetto di discussione. Anche in questo caso, l'opinione pubblica si è però divisa in due schieramenti: se da un lato c'è chi si dimostra favorevole all'iniziativa, rimarcando la necessità di equiparare questa particolare categoria di negazionismo ad altre forme negazioniste già penalizzate nel nostro ordinamento, dall'altra c'è invece chi sottolinea l'illiberalità della proposta, contestandone la sua natura liberticida oltretutto l'assoluta inadeguatezza. Pare dunque opportuno dedicare qualche riflessione ulteriore al dibattito dottrinale in materia.

5.3.1 L'analogia con il negazionismo storico tra posizioni dottrinarie contrastanti.

L'iniziativa di Bonelli, benché per molti frutto di meri istinti censori, è stata accolta con favore da alcune voci in dottrina, seppur in via minoritaria. A titolo esemplificativo, basti fare riferimento alle posizioni assunte sul tema dal Professor Gianfranco Pellegrino, associato di filosofia politica alla LUISS Guido Carli, il quale ha avanzato alcune interessanti argomentazioni giuridiche favorevoli all'introduzione di un'ulteriore fattispecie negazionista

⁵⁰⁶ MAGNI S., *Se il “negazionismo” climatico diventa reato*, La nuova bussola quotidiana, 2023.

⁵⁰⁷ MCKINNON C., *Climate Change and Political Theory*, Polity Pr, 2023.

nel nostro codice penale, questa volta in materia ambientale⁵⁰⁸.

Più in profondità, questo filone dottrinale fa leva sul tema dell’analogia. Posto che nel nostro ordinamento viene già penalizzato il negazionismo storico⁵⁰⁹, ci si chiede se sia effettivamente possibile individuare dei punti di contatto tra il medesimo e il diverso negazionismo climatico, inteso – quest’ultimo – in termini di negazione delle cause antropogeniche, cioè umane, del cambiamento climatico. Ebbene, dottrina minoritaria risponde positivamente al quesito. Come riportato in un articolo dallo stesso Prof. Pellegrino, se è vero che negare i fatti avvenuti nei campi di concentramento - oltre a tradursi in un’assoluta mancanza di rispetto per le vittime – può *sine dubio* rinfocolare l’antisemitismo e rendere meno pronti a contenere l’estremismo politico, “è forse arrivato il momento di vedere anche il negazionismo climatico in questo modo”⁵¹⁰. Lo stretto legame intercorrente tra il cambiamento climatico e i ripetuti disastri ambientali avvenuti negli ultimi anni, continua Pellegrino, è assolutamente provato dai mezzi e dagli strumenti messi a disposizione della comunità scientifica, così come provati – ecco l’analogia - sono i fatti e le responsabilità che fanno da sfondo ai crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale.

Le considerazioni appena esposte, dunque, non possono che rimandare allo storico distinguo tra corrente negazionista e revisionista⁵¹¹: i sostenitori della “proposta Bonelli”, invero, escludono la possibilità di ascrivere la negazione di dati scientifici consolidati nell’alveo delle opinioni rispettabili ma, al contrario, reputano questi atti estremamente pericolosi, nonché in grado di rallentare quel processo democratico necessario ad acquisire consapevolezza del pericolo e “a chiedere ai decisori di agire tempestivamente”⁵¹². Da qui l’esigenza di tutelarsi dall’inquinamento della discussione pubblica, spingendosi addirittura alle soglie della repressione penale.

D’altra parte, è innegabile come la proposta di legge *de quo* resti comunque avversata dalla dottrina dominante⁵¹³, la quale, sottolineando come non si possa fare di qualsiasi emergenza

⁵⁰⁸ Si fa riferimento ad una delle poche voci in dottrina che si spende da ormai più di qualche anno sull’opportunità di introdurre una nuova fattispecie di reato negazionista nel nostro ordinamento e, più nello specifico, a far leva sul tema dell’analogia.

⁵⁰⁹ V. Cap. III, par. 5.

⁵¹⁰ PELLEGRINO G., *Il negazionismo climatico dovrebbe essere reato*, Domani, 22 maggio 2023.

⁵¹¹ V. Cap. III, par. 4.1

⁵¹² PELLEGRINO G., *Il negazionismo climatico cit.*

⁵¹³ Su tutti Corrado Ocone, autorevole filosofo liberale, il quale parla addirittura di “*Reato di lesa scienza. Quasi come se la scienza non vivesse di continue confutazioni e quasi come se non fosse fallibile come tutte le cose umane (fallibili almeno sono gli scienziati se non proprio la scienza, la quale nei suoi asserti è per sua natura apodittica ma per il semplice fatto che è alla fine tautologica come ci ha insegnato Kant)*”, GIUBILEI F., *Fanatismo Green: Bonelli vuole mandare in cella chi nega il caldo*, Il Giornale.it, 22 luglio 2023. Svariate sono le critiche avanzate dal panorama politico. Secondo l’europarlamentare Paolo Borchia:” ormai strizzare l’occhio

un motivo di censura, definisce l'iniziativa di Bonelli “quanto di più oscurantista si possa immaginare”⁵¹⁴. In *primis*, la proposta è ritenuta profondamente illiberale, nella misura in cui calpesta la libertà di manifestazione del pensiero, un principio che – fra le opinioni tutelate – non può che ricomprendere anche quelle che si affrontano e si sfidano in campo scientifico. In secondo luogo, viene altresì fatto leva sul carattere antiscientifico della medesima, posto che, come asserito da autorevoli esperti, il dubbio è uno dei cardini dell'etica della scienza e lo è, in modo particolare, proprio sul punto cruciale della controversia climatica. Pare dunque opportuno rilevare come il ragionamento avanzato da Pellegrino si scontri con alcuni dati di fatto, apparentemente incontrovertibili.

Anzitutto non esiste alcun parallelo possibile tra il rifiuto di un'ipotesi scientifica – atteso che nella scienza non esistono certezze - e il ben diverso negazionismo di fatti storici per meri motivi politici e ideologici. Inoltre, lungi dall'essere universalmente riconosciuto che l'attività umana sia la principale causa del cambiamento climatico. In ultimo, non è ancora stata dimostrata in misura inequivocabile una correlazione diretta tra il cambiamento climatico antropico e specifici eventi meteorologici; sul punto, viene in rilievo quanto ricordato lo scorso 22 maggio dalla fondazione *Climate Intelligence*: “*Studi scientifici riportati anche dall'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) concludono che non ci sono sufficienti evidenze che possibili cambiamenti nella probabilità o della magnitudo degli eventi alluvionali possano essere attribuiti all'influenza umana sui cambiamenti climatici... I cambiamenti climatici non vanno confusi – come troppo spesso si ascolta dai mezzi di informazione e dalle dichiarazioni di alcuni responsabili politici – con gli eventi meteorologici, e le alluvioni non dipendono solo da eventi meteo-climatici ma anche dalla geomorfologia e dall'uso del suolo*”⁵¹⁵.

Ecco che introdurre un nuovo reato di negazionismo climatico, secondo granitica dottrina, altro non è che un censurabile espediente per ostruire completamente il dibattito scientifico in difesa di posizioni dogmatiche e, ancor più grave, un metodo tutt'altro che elegante per scaricare le responsabilità su un capro espiatorio (il negazionista nella fattispecie), sollevandosi dall'impellenza di indagare sulle eventuali colpe delle amministrazioni politiche e della loro gestione del territorio.

alle folli politiche green europee non basta più: si inventano proposte fasciste che puntano a cancellare la libertà di opinione”.

⁵¹⁴ RICOLFI L., *Punire il “negazionismo climatico”?*, Fondazione David Hume, 2023.

⁵¹⁵ MAGNI S., *Se il negazionismo diventa reato* cit.

5.4 Il rischio di un diritto penale simbolico: riflessioni conclusive.

Le recenti proposte di legge qui esaminate, al pari delle molteplici argomentazioni giuridiche che ne fanno da sfondo, dimostrano ancora una volta come il dibattito storico relativo all'individuazione di un valido punto di incontro tra libertà e censura in campo penalistico sia tutt'altro che superato. Prescindendo dalla volontà di schierarsi per forza di cose a favore o contro tali iniziative legislative, non si può fare a meno di rilevare come le stesse impongano una riflessione conclusiva più di carattere generale, attinente al ruolo stesso del diritto penale. Come evidenziato da attenta dottrina, invero, pare che l'obiettivo perseguito dal legislatore contemporaneo non sia più rinvenibile, perlomeno in via esclusiva, nella realizzazione di un'efficace repressione penale, quanto piuttosto nella *“promozione di una cultura di non discriminazione, o meglio di accettazione sociale delle situazioni previste dalla norma”*⁵¹⁶. Restrungendo nuovamente il campo di osservazione al D.D.L. Zan, va infatti rilevato come gli stessi fautori del disegno di legge enfatizzino la portata e il potere simbolico della norma giuridica nel plasmare la coscienza collettiva, *“così che il comportamento diventa non solo illegale, ma anche socialmente condannato”*⁵¹⁷. A conferma, in merito a precedenti proposte di legge vertenti sulla stessa tematica, il relatore alla Camera del provvedimento affermò trattarsi di quei casi in cui la norma penale *“ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità”*⁵¹⁸.

Ebbene, queste asserzioni non possono che far rifiorire alla mente il pensiero di un maestro del diritto penale, Ferrando Mantovani⁵¹⁹, il quale, soffermandosi sul rapporto intercorrente tra diritto penale e morale, conclude che l'idea finale consiste in *“un diritto penale garante del ‘minimo etico’ e utilizzato come extrema ratio”*⁵²⁰.

Come noto, anche la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese sulla natura del diritto penale come *extrema ratio*, ribadendo come il *“il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente*

⁵¹⁶ ROSSI E., *Definizioni normative e uso simbolico* cit., pg.563.

⁵¹⁷ In questi termini LOCATI G.M. – GUARNIERI F.R., *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 luglio 2020.

⁵¹⁸ L'affermazione è riportata da PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi* cit., pg.9.

⁵¹⁹ Nato a Roma nel 1945, Ferrando Mantovani è *sine dubio* uno dei più autorevoli giuristi italiani, il quale ha svolto un ruolo significativo in ambito accademico come docente universitario e studioso di diritto penale presso l'Università di Pisa. Le sue riflessioni si sono incentrate principalmente sul campo della teoria generale del diritto penale e, ancor più specificamente, sulla relazione tra diritto penale e morale.

⁵²⁰ In questi termini ROSSI E., *Definizioni normative e uso simbolico* cit., pg.21.

rilevante” (sentenza n.409/1989); ancora, ha puntualmente ricordato come *“le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni”* (sentenza n.317/1996).

Ecco che l’ormai nota tendenza - di cui le più sopra esaminate proposte legislative costituiscono puntuale esemplificazione⁵²¹ - ad utilizzare il diritto penale in chiave simbolico-espressiva rischia di far smarrire al medesimo quella che è la sua qualifica precipua di conservazione e tutela dei beni giuridici, *“per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di “esortare caldamente” i cittadini ad osservare la norma penale”*⁵²². Di fronte a questa riflessione e partendo dal presupposto implicito della condivisione delle finalità generali che sottendono il D.D.L. Zan, risulta pertanto opportuno sottolineare ciò che appare evidente agli occhi di un costituzionalista, ovvero che *“la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l’uso del reato e della pena in chiave pedagogica, perché non deve imporre valori con la minaccia della spada, semmai mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico”*⁵²³.

⁵²¹ In tal senso CONTE L., *Il “Ddl Zan” tra Costituzione cit.*, pg.304.

⁵²² BONINI C., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.

⁵²³ Così PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini cit.*, pg.9.

BIBLIOGRAFIA

- ALESANI L., *I reati di opinione, una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, 2006.
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994.
- ARENDT H., *Vita Activa. La condizione umana*, tr. it. di FINZI S., Milano, 1988.
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè Editore, 1975.
- BAUMAN Z., *Modernità e olocausto*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza: diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Franco Angeli, 2012.
- BURY J.B., *Storia della libertà di pensiero*, Feltrinelli, 1979.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, vol. II, UTET Giuridica, Torino, 2013.
- CARETTI P., *Art.10 Libertà di espressione*, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- CHELI E., *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, Atti dei Convegni dei Lincei, Roma, Bardi Editore, 2007.
- COCCO G., AMBROSETTI E.M., *La legge penale (a cura di), Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 2 – La legge penale*, Milano, 2019.
- CRISAFULLI V., *Problematica della "libertà di informazione"*, in *Il Politico*, 1964.
- DE CATA M., *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, ed. Giuffrè, 2010.
- DE FRANCESCO G.A., *Una sfida da raccogliere: la codificazione della fattispecie a tutela della persona*, in PICOTTI L., (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2013.

DE VERO G., (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in Dig disc. pen., VII, Torino, 1993.

DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Giuffrè, 1988.

DI ROSA A., *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi Editore, 2020.

ERASMO DA ROTTERDAM, *The Education of a Christian Prince with the Panegyric for Archduke Philip of Austria*, 1997.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, 1989.

FERRAJOLI L., *Iura patria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017.

FIANDACA G., *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale. Dibattito su "il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in La Questione criminale, 1981.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2023.

FIORE C., *I reati di opinione*, CEDAM, 1972.

FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè Editore, 1957.

FORZA A., MENEGON G., RUMIATI R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

G. GRISOLIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*.

GARGANI A., *sub art. 414*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011.

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

GOISIS L., *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.

- GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, CEDAM, 2006.
- LA CUTE G., (voce) *Apologia e istigazione*, in Enc. giur. Trec., Roma, 2007.
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999.
- LEOTTA D., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio Armeno*, Cedam, Padova, 2016.
- MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, Verona, Donato Tedeschi e figlio, 1890.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017.
- MANTOVANI F., *I reati di opinione*, in *Il ponte*, 1971.
- MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Cedam, Padova, 2007.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993.
- MCKINNON C., *Climate Change and Political Theory*, Polity Pr., 2023.
- MILTON J., *A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, 1644.
- NISTICÒ M. – PASSAGLIA P., *Internet e Costituzione*, ed. Giappichelli, 2013.
- OROFINO M., *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti*, Giappichelli Editore, 2014.
- PALADIN, L., *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979.
- PASTA S., *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Brescia, 2018.
- PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000.
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol.III, Napoli, 1885.

- PISANESCHI A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- PISANTY V., *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998.
- PITRUZZELLA G., POLLICINO O., *Disinformation and Hate speech. A European Constitutional Perspective*, Egea, 2020.
- PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M., (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale*, Jovene, Napoli, 2014.
- RANIERI M., MANCA S., *I social network nell'educazione. Basi teoriche, modelli applicativi e linee guida*, in *Tecnologia della comunicazione e dell'apprendimento*, Trento, 2017.
- ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1929.
- ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VI ed., Milano, 2016.
- RUGA RIVA C., sub art. 292 c.p., in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI/ G. MARINUCCI, Milano 2006.
- SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, 1995.
- SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis*, Milano, 1974.
- SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.
- SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012.
- SPASARI M., *Condotta (dir.pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961.
- STOIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale vigente*, Giuffrè, 2007.
- STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008.
- TERLIZZI G., *Rivista critica del diritto privato*, 2009.

VASSALLI G., (voce) *Tipicità (diritto penale)*, in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992.

VIOLANTE L., *Istigazione (nozioni generali)*, in Enc. Dir., XXII, 1972.

WALDRON J., *The Harm in Hate speech*, Harvard, 2012.

ZACCARIA R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2023.

ZICCARDI G., *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016.

ZIMBARDO P., *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano, 2020, cap. XIII.

SITOGRAFIA

MESSINA D., *Andreotti: che cosa era lo spirito costituente*, 2008.

BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ultimo comma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971.

BERNARDINI C., *La libertà d'informazione e il diritto di cronaca*, 2006.

SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2007.

PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970.

PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n.14/2006.

NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. Pen.*, III, 2006.

MASSARO A., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n.85 del 2006*, in *Cass. Pen.*, 2006, n.11.

CUCCHISI F., *Attività clinica*, 6 giugno 2022, *Le discriminazioni e il diritto penale: riflessioni dopo una lezione*.

AMATO G., *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir.*, 1966

STAMILE N., *Brevi note sulla libertà di espressione nell'ordinamento giuridico italiano*. 2011. Si fa in particolare riferimento alla tesi avanzata dal giurista Augusto Cerri [1984].

OROFINO M., *Art. 21 Cost.: le ragioni per un intervento di manutenzione ordinaria*, 2019.

NEBULOSI I., *Il confine tra reati di opinione e libertà di espressione*, in *Salvis Juribus*, 2020,

PAVICH G. e BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

The Distinction between Content-Based vs Content-Neutral Laws”, *Search Casebooks*, William M. Carter Jr.

Diritto.it, Portale giuridico con la più recente giurisprudenza: “L’istigazione a delinquere”.

Brocardi.it, Istigazione a delinquere (art. 414 c.p.).

PELISSERO M., *La parola pericolosa: il confine incerto del controllo penale del dissenso*, 2015.

POLLICINO O., DE GREGORIO G., *Hate speech: una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019.

DIOUF A., *Dall’hate speech alla comunicazione non violenta*, 2024.

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

CHIRICO S., GORI L., ESPOSITO I., *Quando l’odio diventa reato. Caratteristiche e normativa di contrasto degli hate crimes*, 2020.

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

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

GOISIS L., *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto “altro” dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

La Piramide dell’Odio, Commissione “Jo-Cox” su fenomeni di odio, intolleranza, xenofobia e razzismo, Relazione finale, Camera.it.

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *Rapporto dell’ECRI sull’Italia – quinto ciclo di monitoraggio*, 18 Marzo 2016.

BONINI S., *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *diritto penale contemporaneo*, 21 Dicembre 2016.

DONINI N., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

PISANTY V., *Sul negazionismo, in Italia contemporanea*, 1998, n.21.

FLORES M., *Revisionismo storiografico*, in Treccani. It., *Enciclopedia italiana*, VII, 2007.

LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno (2015)*, Cedam, 2016.

LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n.3/2011.

FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015 (dir. pen.).

PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *DPC* (ed. web), 2016.

LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4., 2014.

LOBBA P., *Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 2014.

DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano. Per una democrazia tollerante, anziché "militante"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

CIERVO A., *La relatività del male. Alcune osservazioni a prima lettura sulla sentenza Perinçek contro Svizzera della Grande Chambre*, in *Questione Giustizia*, 2015.

VIGEVANI G.E., *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, "Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti", n.4/2014.

PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, II, 2008.

Legge penale europea 2017, A.C 4505, in *Dossier XVII Legislatura*, maggio 2017.

DONINI M., *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen proc.*, n.4/2018.

VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, La legislazione penale, 2018.

FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in Riv.it. dir. proc. pen., n.2/2016.

PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in Diritto penale contemporaneo, n.4/2015.

VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1975.

BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in Aa.Vv., Studi in onore di F. Coppi, Torino, 2012.

SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo (Critical Remarks About the New "Crime" of Denial)*, Diritto Penale Contemporaneo.

GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano 1988.

FIGLIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in Enc. dir., XXX, Milano, 1980.

INSOLERA G., *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in Dir. pen. cont., 19 marzo 2018.

CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AAVV, "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene, 2014.

AMBROSI A. *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.

CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in Diritto Penale Contemporaneo.

FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pluriscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen., n.2/2016.

CALIFANO L., *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *Federalismi.it*, n.26, 2021.

NIRO R., *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.3, 2021.

FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *AIC*, n.1, 2011.

PISA R., *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, Enc. Treccani, 2010.

MAGNANI C., *Libertà di espressione e fake news, il difficile rapporto tra verità e diritto. Una prospettiva teorica*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2018.

POLLICINO O., *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, n.1, 2018.

TSEISIS A., *Hate in Cyberspace: Regulating Hate speech on the Internet*, in *San Diego Law Review*, 2001.

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

GAGLIARDONE, Iginio, GAL, Danit, ALVES, Thiago, MARTINEZ, Gabriela. 2015. *Countering Online Hate Speech. Paris: UNESCO Publishing.*
<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

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

SIMON WIESENTHAL CENTER. 2015. *Digital Terrorism and Hate Report*. New York, NY: Simon Wiesenthal Center. <http://digitalhate.net/>.

KLEIN A., *Slipping racism into the mainstream: A theory of information laundering*, in *Communication Theory*, Vol. 22, No.4, 2012.

NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.

INGRASSIA A., *Il ruolo dell'Isp nel cibernazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in (a cura di) LUPARIA L., *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012.

IANNI V., *La responsabilità in sede penale dell'Internet Service Provider alla luce dei più recenti decisa giurisprudenziali*, in *Riv. Tel. di Dir.*

RESTA F., *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004.

SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. Inf.*, 1998.

PUNTIGNANI A., *Sul provider, responsabilità differenziate*, in *Guida al diritto*, n.20/03.

DE NATALE D., *La responsabilità dei fornitori di informazioni in internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009.

STEA G., *La diffamazione a mezzo di internet*, in *Riv. pen.* 12/2008.

MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inform.*, 2001, n.17, 2.

FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider, appunti di diritto comparato e rilievi critici*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004.

Trib. Napoli Nord, sez. II, 3 novembre 2016, in *Giur.it.*, 2017, con nota di BOCCHINI R., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*.

INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso sul caso Google*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Cass. pen., sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Foro it.*, 2017, con nota di DI CIOMMO F., *Responsabilità dell'internet hosting provider, diffamazione a mezzo Facebook e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*.

PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

LA ROSA E., *La protezione dei beni giuridici nel mercato unico digitale tra istanze securitarie e tutela dei diritti*, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016.

ALESSANDRI A., *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.

CODIGLIONE G.G., *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in *Dir. inf.*, 2017.

VIGNERI F., *Brevi considerazioni sulla natura e sulle caratteristiche dello spazio cibernetico*, *Salvis Juribus*, 2019.

PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

CURRERI S., *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in *GenIUS*, 2021.

GOISIS L., *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *GenIUS*, 2021.

ROSSI E., *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2021.

PERNICE I., *"Multilivel Constitutionalism in the European Union"*, in *European Law Review*, 2002.

PULITANÒ D., *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021.

DAMENO R., *Educazione e genere. Presentazione*, in *GenIUS*, 2016.

PUGIOTTO A., *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, 2015.

PELISSERO M., *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 2015.

DIONEDI C., *Alcune osservazioni aggiuntive sul D.D.L. sulla omotransfobia*, 8 Giugno 2021, in www.senato.it.

LOCATI G.M., GUARNIERI F.R., *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 Luglio 2020.

PREARO M., *Il fenomeno dell'odio omolebbitransfobico come problema pubblico: un'analisi dei dati e delle statistiche*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

MOSER C., *Defining Sexual Orientation*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2016.

FIANDACA G., *Cosa non va nel D.D.L. Zan*, 17 Maggio 2021, in www.ilfoglio.it.

SOMMAGGIO P., *Audizione di fronte alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica sui progetti di legge 2005 e 2205*, 30 Giugno 2021, in www.senato.it.

PELISSERO M., *Il ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Relazione conclusiva*, in *GenIUS*, 2021-2.

GOISIS L., *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, *Dialnet*, 2020.

RONCO M., *Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere*, 21 Maggio 2020, in www.camera.it.

SIGNORELLI M.S., *I disturbi sessuali nel DSM-5. Aspetti relazionali tra vecchie e nuove diagnosi*, in *Quaderni di Gestalt: rivista trimestrale di psicoterapia della Gestalt*, 2014.

GOISIS L., *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *GenIUS* 2021-2.

CAIELLI M., *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in *GenIUS* 2021-2.

CHINOTTI S., *Un commento sulle proposte di legge in materia di discriminazione o violenza per motivi di genere, orientamento sessuale e identità di genere. Audizione avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

FILICE F., *Esame delle proposte di legge C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi, recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*, 27 Maggio 2020, in www.camera.it.

DE FRANCESCO A., *Disegno di legge “Zan”: elementi di riflessione*, 21 Maggio 2021, in www.filodiritto.com.

MAGNI S., *Se il “negazionismo” climatico diventa reato*, La nuova bussola quotidiana, 2023.

PELLEGRINO G., *Il negazionismo climatico dovrebbe essere reato*, Domani, 22 maggio 2023.

GIUBILEI F., *Fanatismo Green: Bonelli vuole mandare in cella chi nega il caldo*, il Giornale.it, 22 luglio 2023.

RICOLFI L., *Punire il “negazionismo climatico”?*, Fondazione David Hume, 2023.

LOCATI G.M. – GUARNIERI F.R., *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questione giustizia*, 28 luglio 2020.

BONINI C., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.

RINGRAZIAMENTI

In conclusione del presente elaborato, vorrei ringraziare tutti coloro che hanno contribuito alla realizzazione del medesimo, nonché al conseguimento di questo stupendo traguardo, che corona un lungo percorso di studi di cui sono immensamente grato e fiero.

In *primis*, un ringraziamento particolare va al mio relatore, il Dott. Alessandro Provera, per avermi accompagnato nella stesura della tesi di laurea. Grazie per i consigli preziosi, per l'enorme professionalità dimostrata e, in particolare, per avermi trasmesso la sua passione e il suo sconfinato interesse per la materia. Un sentito ringraziamento va anche al mio correlatore, il Dott. Davide Servetti, per l'assoluta disponibilità e per le puntuali osservazioni avanzate in fase di realizzazione dell'elaborato.

Ringrazio immensamente Sabrina e Walter, i miei genitori, per l'amore che ogni giorno riescono a tramettermi e per il costante supporto dimostrato durante questo percorso. Grazie per gli insegnamenti e per i valori che mi avete trasmesso sin dal primo giorno, li custodirò per sempre nel mio cuore. Questo traguardo è anche vostro.

Ringrazio mia sorella Aurora, fedele compagna di vita. Diversi come il sole e la luna, ma legati dallo stesso sangue e da un amore fraterno forte, impagabile, insostituibile.

Ringrazio Jasmine, la mia ragazza, il dono più prezioso che questo percorso potesse riservarmi. Grazie per l'amore che riesci a trasmettermi ogni giorno, nella luce come nel buio. Custodisci per sempre quell'anima pura e sincera che ti contraddistingue.

Un ringraziamento particolare va a mia nonna Ada, nonché mia seconda mamma. Grazie per avermi cresciuto con amore, quello vero, puro e incondizionato. I tuoi insegnamenti sono e saranno per sempre parte di me.

Un pensiero va anche ai miei nonni Angelo, Ildina e Luigi, più che mai vivi nei miei ricordi e che oggi, ne sono certo, mi guardano con orgoglio e mi sorridono, ricordandomi che la vita, nonostante le mille difficoltà, è un dono prezioso. Benché distanti, la vostra presenza continua ad occupare un posto nella mia anima.

Ringrazio tutti i miei zii e i miei cugini, parti integranti della mia vita e sempre pronti a sostenermi. Un ringraziamento particolare a mia zia Renata, per i preziosi consigli dati in questo percorso e per esserci sempre stata nei momenti importanti, non lo dimenticherò mai.

Ringrazio anche a Monica e Fabrizio, per avermi accolto con dolcezza e generosità nella loro vita. Grazie per il supporto e l'enorme affetto dimostrato.

Un sentito ringraziamento va a tutti i miei amici più cari, da quelli che porto nel mio cuore dall'infanzia a quelli incontrati più avanti nel cammino e che, ancora oggi, sono rimasti al mio fianco. Grato di aver condiviso con voi alcuni dei frammenti più belli della mia vita.

Ringrazio anche i miei amici e colleghi di università, che ho avuto la fortuna di conoscere in questo percorso. Abbiamo vissuto insieme gioie e difficoltà, ma siamo cresciuti insieme.

Infine, ringrazio me stesso, per averci sempre creduto, nonostante i tanti momenti di sconforto. Questi cinque anni mi hanno fatto capire, una volta di più, che con l'ambizione, la determinazione e la forza d'animo nessun ostacolo può davvero dirsi insormontabile.