Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale 2

DISCORSI D'ODIO E RUOLO DEL DIRITTO PENALE

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Antonino Gullo

CANDIDATA

Laura Presti
Matr. 149233

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.
Enrico Gallucci

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

Ai Dottori Salvatore Forleo, Francesco Cozzi e Denis Cozzi, senza i quali oggi non sarei qui.

Alla Dottoressa Silvia Zaccari, che mi sta aiutando a diventare la persona che voglio.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE……... 1

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA SOVRANAZIONALE DEI DISCORSI D'ODIO

1. La disciplina sovranazionale……..... 6

1.1 Il panorama europeo……...6

1.1.1 I principi generali……..…...6

1.1.2 Il divieto di discriminazione nel diritto europeo……..……. 13

1.1.3 L'applicazione del diritto antidiscriminatorio ai cittadini di paesi terzi…….… 20

1.1.4. L'applicazione del principio generale di non discriminazione ai cittadini di paesi terzi da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea…….. 26

1.2 La protezione della libertà di espressione da parte della CEDU…..... …31

1.2.2. Il divieto di abuso del diritto……...…. 33

2. Il panorama internazionale…….37

2.1. L'esperienza statunitense…… 37

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA NAZIONALE

1. La disciplina nazionale……..…… .44

1.1 Disamina storica a partire dal ventennio fascista……..…..... ..44

2. Il delitto di propaganda razzista…….…… 50

3. Il bene giuridico tutelato…….…... 59

3.1 Il caso Tosi…….…….. 64

4. La libertà di manifestazione del pensiero…….. 71

4.1 Il buon costume……..…….. 81

4.2 Gli ulteriori limiti……..……... 85

5. I reati di opinione……..……. 89

5.1 Problemi posti dai reati di opinione……. 91

5.2 Bilanciamento…….……. 94

5.3 Libertà di espressione e tutela di sensibilità collettive di alto livello, di valori morali sovra-individuali e tutela dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali…….....…… 97

6. Possibili soluzioni ……..…..106

CAPITOLO III

I DISCORSI D'ODIO ONLINE

1. I discorsi d'odio online……... 111

1.1 Il fenomeno degli *hate speeches* online……... 111

2. La responsabilità degli *Internet Service Providers*…….…….. 112

2.1 La qualificazione giuridica del contratto di accesso ad *Internet* e la natura pubblica o privata dei *social network*…….…….... 112

2.1.2 Il caso CasaPound…….……. 117

2.1.3 Il caso Forza Nuova……... 120

3. L'Internet Service Provider *(ISP)*…….…….122

3.1 Le tipologie di ISP…… 122

3.2 Origine della responsabilità dell'ISP…….…. ..125

3.2.1 La disciplina normativa relativa alla responsabilità dell'ISP..... 126

3.2.2 Autoregolazione vs regolazione…….… 128

3.2.3 Profili di responsabilità…….. 130

3.2.4 La responsabilità monosoggettiva ed il caso Google vs Vividown…….…. 131

3.2.5 Il concorso attivo nel reato……...…... 135

3.2.6 Il concorso omissivo improprio……..…… 136

3.2.7 Il concorso omissivo proprio……..…..… 137

3.2.8 Il meccanismo di notice and take down……..…… 138

4. Regolamentazione di *Internet* …….…....146

4.1 Una Costituzione per *Internet* …….…..…..146

4.2 Possibili soluzioni…….…. 150

CONCLUSIONI…….……. 157

BIBLIOGRAFIA…….……...…169

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA……. 169

INTRODUZIONE

I delitti di odio costituiscono un fenomeno di portata globale, fortemente radicato nelle varie società e, come evidenziato dai dati statistici, in progressiva espansione. A titolo esemplificativo, in ambito europeo, l'Osce ha riportato i dati relativi ad alcuni Paesi, che evidenziano proprio tale tendenza: se la Spagna nel 2016 aveva riscontrato 1272 episodi di odio, nel 2017 essi sono arrivati a 1419. Più eclatante il caso della Germania, la quale nel 2016 aveva registrato 3598 crimini d'odio, che nel 2017 sono saliti fino a 7913[1].

I crimini d'odio vengono definiti dall'Osce come «crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, all'etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere»[2].

Costituiscono *species* del *genus* "crimini d'odio" i discorsi d'odio, definiti dalla Raccomandazione n. 20/1997 come «discorsi suscettibili di produrre l'effetto di legittimare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio basate sull'intolleranza»[3].

Secondo parte della dottrina[4], l'*hate speech* non consiste solo in espressioni volte a provocare disgusto o ribrezzo, ma presenta anche elementi aggiuntivi di gravità tale da giustificare l'intervento del legislatore. Essi attengono talvolta alle modalità espressive, talaltra alla possibilità di comportare violenza o discriminazione.

Nella prima ipotesi, si incrimina il discorso a causa sia del suo contenuto sia della sua forma, essendo lo stesso espresso in maniera tale da insultare, offendere o degradare i soggetti verso i quali è diretto. Pertanto, «sono consentite dichiarazioni sulla razza, sulla nazionalità o sulla religione fintanto che il discorso si mantenga ad un ragionevole livello di decenza e moderazione, mentre si tende a punire il discorso volto a oltraggiare il sentimento generale di correttezza tra persone»[5].

---

[1] Sul punto GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale*, Sassari, 2019, 19.
[2] Così GOISIS, cit., 16.
[3] Cfr. COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Raccomandazione R (97)20 sul "discorso dell'odio", 1997: *rm.coe.int.*
[4] In tal senso POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche,* in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 102.
[5] V. POST, cit., 102.

Degna di menzione è la differenza tra gli *hate speeches* ed i reati di opinione. Si è evidenziato che «se guardiamo alla loro sostanza, reato d'opinione e discorso d'odio condividono senz'altro il fatto di costituire espressioni di posizioni ideologiche scomode, fastidiose, minoritarie: in entrambi i casi, la parola manifesta un contenuto di pensiero non condiviso (o, quantomeno, non esplicitamente, non ufficialmente, condiviso) dalla maggioranza, o se si preferisce, contrario al sistema dei valori ufficialmente condivisi. […] Ciò detto, però, tra il discorso d'odio e le forme paradigmatiche di reato di opinione (quali, ad es. le varie ipotesi di vilipendio e blasfemia) corre anche una cruciale differenza. Storicamente, queste ultime si caratterizzano per il fatto di rivolgersi contro il potere (politico, religioso), costituiscono, cioè *crimina laese maiestatis*: loro tramite si criminalizza la manifestazione del pensiero di chi non accetta l'autorità (politica, religiosa) costituita, e la mette in discussione dando fondo, appunto, alle proprie capacità espressive. […] Il discorso d'odio instaura dinamiche del tutto diverse: esso, come detto, si rivolge contro minoranze tendenzialmente marginalizzate, contro soggetti (tutelati perché assunti) in condizione di debolezza. All'opposto, dunque, dei reati di opinione paradigmatici, la cui finalità tipica è di mettere in discussione (deridere, insultare, sminuire, scandalizzare) il potere, i discorsi d'odio hanno invece la finalità costitutiva di marginalizzare (ulteriormente) soggetti già di per sé deboli, di rendere per loro l'ambiente sociale ancor più inospitale di quanto già non sia […]»[6].
A tal proposito, bisogna interrogarsi sul significato del termine "gruppo" e sulle ragioni per cui l'appartenenza ad esso sia così rilevante.
Per ciò che attiene alla prima questione, parte della dottrina ha individuato le caratteristiche principali del gruppo minoritario come segue: «il possesso di qualità che differenziano i membri del gruppo dalla restante parte della società; la percezione, da parte dei membri del gruppo, di avere una specifica identità diversa da quella del gruppo maggioritario; l'essere destinatario di discriminazione»[7].
Per quanto concerne, invece, la seconda questione, parte della dottrina[8] ha focalizzato la sua attenzione sul concetto di "comunità", sostenendo che essa

[6] Cfr. SPENA, *La parola odio - sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech,* in *Criminalia*, 2017, 605 ss.
[7] V. GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale,* cit., 246.
[8] In tal senso POST, cit., 104.

consista in una forma primaria di organizzazione sociale. Qualsiasi essere umano, infatti, è parte di un'aggregazione comunitaria che tutela i suoi diritti e gli impone delle regole.

Proseguendo nella disamina del fenomeno dei discorsi d'odio, si riportano alcuni tentativi di spiegazione dello stesso elaborati da parte della dottrina al fine di comprenderne meglio le principali caratteristiche[9].

Secondo una prima considerazione, per aversi discorso d'odio è necessario che la manifestazione del pensiero sia tale da suscitare una reazione odiosa nella generalità degli ascoltatori, che devono rappresentare una parte consistente della società[10]. Tuttavia, non sempre i destinatari degli *hate speeches* reagiscono in maniera astiosa alle provocazioni contenute in essi.

Di conseguenza, si è spostata l'attenzione sul contenuto che le affermazioni devono avere per poter essere qualificate come *hate speech,* richiedendosi che abbiano carattere deprecabile[11]. A tale tesi però si contesta che non sempre un discorso apparentemente d'odio è chiaramente espressivo di sentimenti di ostilità e che esso non è sussumibile entro rigidi schemi, assumendo le manifestazioni d'odio forme indefinite.

Ci si è chiesti, dunque, se le motivazioni che hanno spinto l'autore a condurre un certo ragionamento possano costituire l'elemento connotante tali discorsi. Dopo attenta disamina del fenomeno, si è giunti alla conclusione che non sempre è possibile individuare le ragioni alla base di tali discorsi, così come può accadere che, pur mancando il proposito di diffondere odio, un pensiero possa comunque essere in grado di dar luogo ad un'inconscia propagazione di esso[12].

L'ultima ipotesi avanzata, infine, fa leva sulle conseguenze prodotte dal discorso d'odio, concludendo che un discorso è tale se ha una ragionevole probabilità di addivenire a propagatore di odio[13].

Quest'ultima argomentazione sembra essere la più convincente in quanto fornisce la spiegazione più esaustiva delle ragioni che hanno spinto il legislatore a

[9] Cfr. VITALE, *"Hate speech" e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio*, in *Ordines*, 2020, 1, 267.
[10] In argomento VITALE, cit., 267.
[11] Così VITALE, cit., 267.
[12] Sul punto VITALE, cit., 268.
[13] V. VITALE, cit., 268.

incriminare i discorsi d'odio e non gli insulti. Infatti, il propagatore di odio non è altro che un soggetto che "incita", "istiga", "promuove" azioni discriminatorie volte a colpire un individuo in quanto appartenente ad una minoranza.

A proposito delle conseguenze che un *hate speech* può avere, è importante distinguere i "discorsi motivati dall'odio" dai "discorsi diffusivi d'odio" elaborata da una parte della dottrina[14].

La differenza sta nel fatto che, mentre nei primi l'odio figura come causa della condotta, nei secondi costituisce un effetto della stessa.

Dunque, in via esemplificativa, al primo gruppo sono state ricondotte le due ipotesi di diretta commissione di atti di discriminazione e di atti di violenza di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3, co., 1, l. n. 654/1975, mentre al secondo i reati di propaganda razzista, nonché il reato di istigazione a commettere atti di discriminazione o violenza ed il reato di organizzazione avente per scopo l'incitamento alla discriminazione o alla violenza.

Questa differenza ha inevitabili ripercussioni sulla determinazione del contenuto offensivo delle due ipotesi: mentre i reati motivati dall'odio non si risolvono interamente nel disvalore comunicativo, poiché l'atto di violenza o di discriminazione effettivamente compiuto attribuisce loro una dimensione offensiva ulteriore rispetto alla mera comunicazione di un significato, i discorsi diffusivi d'odio incentrano tutto il loro disvalore sull'evento di propagazione del sentimento o delle sue manifestazioni.

Tuttavia, l'odio-evento ha carattere più ideologico che pragmatico, essendo la fattispecie incentrata più sul pericolo di diffusione di certe idee che su quello che vengano commessi atti conseguenti.[15]

Di fatto, la questione principale relativa al fenomeno degli *hate speeches* attiene alla difficoltà di trovare un equilibrio tra due interessi particolarmente importanti: la libertà di espressione del pensiero e la criminalizzazione di quelle espressioni offensive contrarie alla democrazia[16].

---

[14] Cfr. SPENA, *La parola odio - sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech,* cit., 593.

[15] In tal senso SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2/3, 689 ss.

[16] Cfr. VITALE, cit., 269.

Il presente lavoro si propone, da un lato, di analizzare la disciplina sovranazionale e nazionale del fenomeno in questione, sia che esso si realizzi nel mondo reale che in quello virtuale, e, dall'altro lato, di ripercorrere, analizzandole, le soluzioni che sono state elaborate nel sistema normativo italiano ed europeo.

Il primo capitolo esamina, innanzitutto, la disciplina legislativa sovranazionale in tema di discriminazione ed i relativi principi generali, passando poi all'analisi del concetto di "discriminazione" e successivamente alla disamina della questione relativa alla libertà di espressione e all'abuso del diritto, per concentrarsi, infine, sulla disciplina americana, ritenuta da chi scrive particolarmente interessante, in quanto si caratterizza per il c.d. "mercato delle idee", che garantisce agli individui una maggiore libertà di partecipazione al dibattito pubblico rispetto ai sistemi degli altri ordinamenti.

Il secondo capitolo è incentrato sulla disciplina nazionale, partendo da un breve esame storico della legislazione in materia, passando per l'analisi del concetto di discriminazione e, successivamente, del principio della libertà di espressione, per concentrarsi, poi, sui reati di opinione e infine sulle possibili soluzioni al problema della discriminazione.

Il terzo ed ultimo capitolo tratta, invece, in modo specifico il tema dei discorsi d'odio *online*. Esso, dopo un breve accenno al fenomeno, è incentrato sulle seguenti questioni: la qualificazione giuridica del contratto di accesso ad *Internet*, la natura dei *social network*, le tipologie di *provider* e le forme di responsabilità in cui può incorrere quest'ultimo; la regolamentazione di *Internet* e le possibili soluzioni volte a prevenire e combattere i fenomeni discriminatori.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA SOVRANAZIONALE DEI DISCORSI D'ODIO

1. La disciplina sovranazionale

1.1 Il panorama europeo

1.1.1 I principi generali

Come anticipato, l'analisi del fenomeno dei discorsi d'odio prenderà le mosse dalla disciplina europea rilevante[1]. Ebbene, per quanto riguarda il panorama europeo, degna di menzione, in primo luogo, è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 14[2], sancisce il principio per cui i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione devono essere protetti senza che venga effettuata alcuna discriminazione. Analoga tutela viene riconosciuta dal protocollo aggiuntivo n. 12 alla CEDU[3] che, all'art. 1, stabilisce che il godimento di qualsiasi diritto disposto da una legge deve essere garantito a chiunque senza discriminazioni basate su sesso, razza, lingua, ecc.

Un ruolo di spicco nella lotta alla discriminazione è rivestito anche dal Consiglio d'Europa, che ha riconosciuto come la diversità costituisca un valore aggiunto al dibattito pubblico, individuando nella raccomandazione 20/1997 in tema di discriminazione (esplicitata nell'introduzione del presente elaborato) una specifica

---

[1] In tal senso MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la Restorative Justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio. Relazione alla Conferenza Internazionale "Restorative approach and social innovation: from theoretical grounds to sustainable practices*", in *Cass. pen*., 2019, 4, 1693.

[2] V. CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Roma, 1950, art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

[3] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, p*rotocollo n. 12 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Roma, 2000, art. 1: «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.

2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1».

definizione dei discorsi d'odio[4] e fornendo indicazioni dettagliate che devono essere seguite da tutti gli Stati membri (ad esempio, in relazione alla responsabilità dei media che contribuiscono a diffondere il messaggio d'odio, la Raccomandazione ha evidenziato come sia necessario distinguere la posizione dell'autore del discorso da quella dei giornalisti che si limitano a riportare le affermazioni, ribadendo che gli stessi hanno facoltà di scegliere i modi attraverso cui divulgare le informazioni).

In ambito digitale, poi, particolare rilevanza deve essere riconosciuta al Protocollo Addizionale sulla criminalità informatica, che ha imposto agli Stati membri di provvedere all'incriminazione della «negazione, minimizzazione grossolana o giustificazione di atti di genocidio o di crimini contro l'umanità, qualora ciò sia effettuato attraverso un sistema informatico»[5]. In particolare, l'art. 5 obbliga gli Stati a punire condotte come l'insulto in pubblico di un gruppo o di un membro di un gruppo che si distingue «per razza, colore, provenienza o origine nazionale o etnica, nonché per religione»[6].

Di significativo rilievo, in questo settore, è anche la direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, il cui art. 21 prevede che «Per garantire il buon esito delle indagini e dell'azione penale avverso i reati di terrorismo, i reati riconducibili a un gruppo terroristico o i reati connessi ad attività terroristiche, è opportuno che i responsabili delle indagini o del perseguimento di tali reati abbiano la possibilità di ricorrere a strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati nella lotta contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità. Il ricorso a tali strumenti, conformemente al diritto nazionale, dovrebbe essere mirato e tenere conto del principio di proporzionalità nonché della natura e della gravità dei reati oggetto d'indagine, e dovrebbe rispettare il diritto alla protezione dei dati personali. Ove opportuno, detti strumenti dovrebbero comprendere, ad esempio, la perquisizione di beni personali, l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta, compresa la sorveglianza elettronica, la captazione, la registrazione e la

[4] «Discorsi suscettibili di produrre l'effetto di legittimare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio basate sull'intolleranza».
[5] Così MILITELLO, cit., 1694.
[6] V. CONSIGLIO D'EUROPA, *Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici*, Strasburgo, 2003, 189, art. 5.

conservazione di audio all'interno di veicoli o di luoghi privati o pubblici, nonché di immagini di persone all'interno di veicoli e luoghi pubblici, e indagini finanziarie»[7].

In seguito, nel 2000, è stata istituita una Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI)[8], che si occupa non solo di pubblicare relazioni periodiche sul diffondersi di fenomeni di xenofobia, razzismo e antisemitismo negli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma anche di sviluppare raccomandazioni generali sulle politiche da adottare, da inviare ai Governi di tutti gli Stati membri[9].

Per ciò che concerne le Nazioni Unite, invece, già nel 1960 l'Assemblea Generale aveva adottato una risoluzione con cui si chiedeva agli Stati di impegnarsi a condannare ogni manifestazione d'odio nazionale, religioso e razziale nonché «garantire il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione»[10].

Quanto alla relativa codificazione in un trattato multilaterale, la prima dichiarazione concernente il divieto di discriminazione è stata adottata nel contesto specifico del razzismo: la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, agli artt. 2 e 4, vieta agli Stati di effettuare discriminazioni razziali e condanna ogni atto di propaganda della superiorità di un gruppo di persone su altri, che sia basato sul colore della pelle o sulle origini etniche

---

[7] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo, 2017, art. 21.

[8] V. *https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/La-Commissione-europea-contro-il-razzismo-e-lintolleranza-del-Consiglio-dEuropa-ECRI/187.*

[9] Ad esempio, la *ECRI General Policy Recommendation on combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet*, Strasburgo, 2000, 6 stabilisce che: «*The European Commission against Racism and Intolerance* […] *recommends that the Governments of the member States: include the issue of combating racism, xenophobia and antisemitism in all current and future work at international level aimed at the suppression of illegal content on the Internet; reflect in this context on the preparation of a specific protocol to the future Convention on cyber-crime to combat racist, xenophobic and antisemitic offences committed via the Internet; take the necessary measures for strengthening international co-operation and mutual assistance between law enforcement authorities across the world, so as to take more efficient action against the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet;* […]». (*https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-6-on-combating-the-dissemination/16808b5a8d*).

[10] Cfr. ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Risoluzione 1510*, New York, 12 Dicembre 1960.

del singolo[11]. Si richiede, inoltre, agli Stati firmatari di prevedere adeguati meccanismi di tutela, anche penale, nonché di dichiarare illegali le organizzazioni che perseguono tali scopi e di impedire alle autorità e alle istituzioni pubbliche di promuovere o istigare alla discriminazione razziale.

Un riferimento al divieto di discriminazione e di promozione della stessa è stato inserito anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, concluso a New York nel 1966, che, all'art. 20, richiede di vietare per legge «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza»[12].

Merita un cenno anche l'art. 7, co. 1, lett. h), dello Statuto della Corte penale internazionale, in quanto definisce "crimine contro l'umanità" anche «la persecuzione contro qualsiasi gruppo o collettività identificabile per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, sessuali, ovvero per altri motivi universalmente riconosciuti come inammissibili dal diritto internazionale, (persecuzione che sia commessa) in connessione con qualsiasi atto richiamato nello stesso comma o con qualsiasi crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte»[13].

Un altro importante attore nella lotta all'odio è l'OSCE. L'Alto Commissario delle Minoranze Nazionali si occupa sia di scongiurare situazioni di tensione etnica tra gli Stati membri dell'OSCE che di allertare l'Organizzazione nei casi in cui esse minaccino di raggiungere un livello tale da non consentire allo stesso di contenerle con i mezzi a sua disposizione[14].

Particolarmente rilevante è anche il ruolo dell'Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani che si occupa, tra gli altri, di «individuare, in consultazione con gli Stati partecipanti e in cooperazione con organizzazioni internazionali e attori della società civile pertinenti, il legame potenziale tra l'uso di Internet e la violenza motivata dal pregiudizio e il danno che esso arreca, nonché

---

[11] Così ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (ICERD), New York, 1966, artt. 2 e 4: *www.unipd-centrodirittiumani.it.*

[12] V. ONU, *International Covenant on Civil and Political Rights*, UNTS, New York, 1966, vol. 999, 171, art. 20.

[13] Così ONU, *Statuto della Corte Penale Internazionale*, Roma, 2002, art. 7, co. 1, lett. h).

[14] Cfr. *https://it.wikipedia.org/wiki/Alto_Commissario_OSCE_sulle_Minoranze_Nazionali#:~:text=L'Alto%20Commissario%20contribuisce%20a,la%20norma%20in%20quello%20Stato.*

eventuali misure pratiche da adottare; seguire attentamente i casi di antisemitismo e gli episodi motivati da razzismo, xenofobia o da relativa intolleranza, inclusi quelli nei confronti dei musulmani, e di riferire in merito alle sue conclusioni al Consiglio permanente e alla Riunione di attuazione nel quadro della dimensione umana e rendere pubbliche tali conclusioni […]; continuare a fungere da punto di raccolta di informazioni e statistiche fornite dagli Stati partecipanti sui crimini ispirati dall'odio e sulla pertinente legislazione, nonché a rendere accessibili al pubblico tali informazioni, tramite il suo sistema informatico sulla tolleranza e la non discriminazione, e i suoi rapporti concernenti le sfide e le risposte a episodi motivati dall'odio nella regione dell'OSCE […]»[15].

Infine, un ruolo di spicco è rivestito dall'Unione europea che si è occupata dell'argomento attraverso le seguenti disposizioni normative.

Innanzitutto, nel 2000 è stata emanata la cosiddetta "direttiva antidiscriminazione"[16], che, all'art. 13, raccomanda agli Stati membri di attivare un organismo appositamente dedicato alle varie forme di discriminazione e, all'art. 9, si occupa della protezione delle vittime in riferimento alla promozione del dialogo sociale.

Ancora, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 21, prevede che «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità»[17].

Nel 2008 è stata poi approvata la decisione quadro 2008/913/GAI che impone agli Stati membri di incriminare condotte come «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e

[15] Cfr. OSCE/ODHIR, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, Varsavia, 2016, 107.

[16] V. PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *direttiva (UE) 2000/43*, Bruxelles, 2000, artt. 9 e 13.

[17] V. PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Nizza, 2000, art. 21.

dei crimini di guerra come definiti dagli statuti del Tribunale di Norimberga e della Corte penale internazionale, ove volte a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo «definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica»[18].

Importante è anche la direttiva 2012/29/UE[19], che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime dei reati di odio e nella quale, come evidenziato da parte della dottrina[20], considerando il reato prima di tutto come sopruso sui diritti fondamentali di ogni individuo, la vittima acquisisce un ruolo di spicco, essendo titolare dei diritti lesi dalla condotta delittuosa.

Infine, quanto alle fonti non vincolanti, il Parlamento europeo, nel corso degli anni, ha approvato diverse risoluzioni sull'argomento della lotta al razzismo.

In particolare, la risoluzione 2017/2692(RSP)[21] sollecita gli Stati membri a nominare coordinatori nazionali per la lotta contro l'antisemitismo, nonché ad adottare i provvedimenti necessari a garantire la sicurezza dei cittadini ebrei e degli edifici religiosi, scolastici e culturali ebraici, a spingere i parlamentari e gli esponenti politici a condannare pubblicamente le affermazioni antisemite, a istituire gruppi parlamentari interpartitici contro l'antisemitismo, ecc.[22]

Ancora, con la risoluzione 2018/2869(RSP), dovuta all'inasprirsi della violenza neofascista in Europa[23], il Parlamento europeo ha condannato gli attacchi violenti da parte di gruppi neofascisti ai danni di politici e membri di partiti politici denunciati in alcuni Stati membri chiedendo a questi ultimi di punire i crimini d'odio ed adottare misure ulteriori volte a prevenire tale fenomeno[24].

---

[18] Cfr. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, 2008, Bruxelles, art. 1.

[19] V. PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *direttiva 2012/29/UE*, 2012, Bruxelles.

[20] Sul punto DIAMANTE, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in www.g*iurisprudenzapenale.com*, 2016, 5.

[21] V. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0243_IT.html.*

[22] Così PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *risoluzione 2017/2692(RSP) sulla lotta contro l'antisemitismo*, Bruxelles, 2017.

[23] Cfr. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0428_IT.html.*

[24] V. PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *risoluzione 2018/2869(RSP) sull'aumento della violenza neofascista in Europa*, Bruxelles, 2018.

Quanto ai reati di odio online, nella raccomandazione (UE) 2018/334[25] viene ricordata l'importanza del ruolo rivestito dagli *Internet service providers*, i quali contribuiscono all'innovazione e alla crescita economica dell'Unione nonché alla lotta delle attività illegali online.

Inoltre, nella stessa si prevede che «Molti prestatori di servizi online hanno riconosciuto tali responsabilità e hanno preso provvedimenti al riguardo. Da un punto di vista collettivo sono stati compiuti importanti progressi attraverso diversi tipi di accordi volontari, tra i quali il Forum dell'UE su internet relativo ai contenuti terroristici online, il codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio online e il protocollo d'intesa sulla vendita di merci contraffatte. Tuttavia, nonostante tale impegno e i progressi compiuti, la questione dei contenuti illegali online rimane un grave problema all'interno dell'Unione»[26].

Un ruolo di sicuro rilievo, nell'ambito del contrasto del fenomeno dei discorsi d'odio, è svolto dall'Agenzia per i Diritti Fondamentali − un organismo indipendente finanziato dal bilancio dell'Unione e istituito dal Regolamento 2007/168/(CE) del Consiglio del 15 febbraio 2007 − che si occupa di tutelare i diritti delle vittime di reati di odio, e più precisamente di fornire alle istituzioni europee e alle autorità nazionali competenti assistenza e consulenza sui diritti fondamentali nell'attuazione del diritto comunitario, nonché di aiutarle ad adottare le misure o a definire le iniziative appropriate[27].

Un altro organo degno di menzione è il Gruppo di esperti per la lotta al razzismo, alla xenofobia e ad altre forme di intolleranza, istituito nel 2016, il cui compito principale è quello di raccogliere dati statistici sui reati di odio[28].

Infine, guardando ancora agli organi rilevanti, occorre rilevare che, a livello internazionale, nel 1993, il Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite ha creato un organo specifico per le discriminazioni, il Relatore Speciale sulle forme contemporanee di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e intolleranza. Esso lavora in "procedure speciali" sotto il mandato del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, che può riguardare un Paese (ad esempio i diritti umani in

[25] V. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=IT.*
[26] Così PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *risoluzione 2018/334*, Bruxelles, 2018, art. 4.
[27] Cfr. *https://it.wikipedia.org/wiki/Agenzia_europea_dei_diritti_fondamentali.*
[28] V. *https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/51025*.

Cambogia) o un tema (come il diritto al cibo, il diritto alla privacy, la libertà di riunione, il razzismo e la violenza contro le donne) specifico[29].

Esso ha il potere di «indagare, monitorare e riferire su questioni relative ai diritti umani, conducendo attività attraverso procedure speciali che includono, ma non limitatamente a, denunce individuali, attività psicologiche e manipolazione da parte dei media controllati e del mondo accademico; condurre ricerche e sondaggi, fornire consulenze sulla cooperazione tecnica a livello nazionale e svolgere attività promozionali generali»[30].

1.1.2 Il divieto di discriminazione nel diritto europeo

In origine, i trattati istitutivi della Comunità europea non contenevano alcuna menzione dei diritti umani. Infatti gli stessi erano stati adottati con lo scopo di creare una zona di libero scambio in Europa[31].

In un secondo momento, però, a seguito della presentazione di vari ricorsi per presunte violazioni dei diritti umani, la Corte di Giustizia ha elaborato una serie di "principi generali" volti a garantire la protezione di tutti quei diritti umani tutelati dalle costituzioni nazionali e dai trattati sui diritti umani, a partire dalla CEDU.

Si pensi, ad esempio, alla pronuncia J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che «Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati Membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla

[29] Così CONSIGLIO PER I DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE (UNHRC), r*esolution 34/35 on the Mandate of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, xenophobia and related intolerance*, Ginevra, 2017.

[30] Cfr. *https://it.wikipedia.org/wiki/Relatore_speciale_delle_Nazioni_Unite.*

[31] Sul punto LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, 21.

comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica»[32].

Fino al 2000, a livello europeo erano tutelate soltanto le ipotesi di discriminazione fondate sul sesso nel campo dell'occupazione[33]. In seguito, l'ambito di tutela coperto dalla normativa rilevante si è ampliato sino a ricomprendere settori quali le pensioni, la maternità e i regimi giuridici di sicurezza sociale.[34]

Oggi, la particolare importanza che la giurisprudenza ed il legislatore degli Stati membri hanno riconosciuto ai divieti di discriminazione, contenuti nel Trattato sull'Unione europea e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha permesso di dar vita ad un settore specifico del diritto dell'Unione.

In generale si afferma che la discriminazione sussiste «ogni qualvolta un individuo venga sfavorito in qualche modo sulla base di uno o più motivi oggetto del divieto di discriminazione»[35].

Il diritto alla non discriminazione è stato introdotto per garantire a tutti gli individui di accedere in modo equo e paritario alle opportunità offerte dalla società.

Esistono due tipologie di discriminazione: quella diretta e quella indiretta.

La prima ricorre quando «una persona è trattata in modo meno favorevole sulla base di motivi di discriminazione oggetto di protezione. Il trattamento meno favorevole è accertato effettuando un confronto tra la presunta vittima e un'altra persona priva della caratteristica protetta in situazione analoga»[36].

Ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva dell'Unione europea sull'uguaglianza razziale, «sussiste discriminazione diretta quando, a causa della

[32] V. Corte di Giustizia, 14.05.1974, C-1974/51 in *www.eur-lex.europa.eu*.

[33] Tale tutela era assicurata dall'art. 39 TCE (attuale art. 45 TFUE).

[34] Si può fare riferimento, a titolo esemplificativo, alla *direttiva 79/7/CEE* del CONSIGLIO, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

[35] Sul punto, LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, 44.

[36] Cfr. LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, 45.

sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»[37].

Invece, secondo la Corte EDU, occorre una «differenza nel trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni analoghe o significativamente simili, basata su una caratteristica identificabile»[38].

Inoltre, mentre, in base alla CEDU, è necessario che il procedente dimostri la sua qualità di vittima per poter agire in giudizio, ciò non è richiesto dal diritto dell'Unione Europea, che consente l'accertamento della discriminazione indipendentemente dall'identificazione del denunciante[39].

Alcuni esempi di discriminazione diretta sono i seguenti: il rifiuto di accesso a un ristorante o esercizio commerciale, l'attribuzione di una pensione o retribuzione inferiore, gli abusi o le violenze verbali, l'età di pensionamento più alta o più bassa, l'impossibilità di accedere a una determinata professione, l'impossibilità di far valere diritti di eredità, l'esclusione dal sistema scolastico ordinario, il divieto di indossare simboli religiosi.

La discriminazione indiretta, invece, si verifica «quando una disposizione apparentemente neutra comporta svantaggi per una persona o un gruppo di persone che condividono le medesime caratteristiche. In tal caso bisognerà dimostrare che un gruppo sia sfavorito da una decisione rispetto a un gruppo di confronto»[40].

Nel quadro del diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b) della direttiva sull'uguaglianza razziale, sussiste discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»[41].

Anche la Corte EDU si è occupata di tale tipologia di discriminazione, affermando in alcune recenti sentenze che «una differenza di trattamento può consistere

---

[37] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *direttiva (UE) 2000/43*, Bruxelles, 2000, art. 2, par. 2, lett. a).

[38] V. CORTE EDU, 24.05.2016, *Biao v. Denmark*, punto 89, in *www.eur-lex.europa.eu*.

[39] Sul punto LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, 46.

[40] In argomento LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018, 56.

[41] V. PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO, *direttiva (UE) 2000/43*, Bruxelles, 2000, art. 2, par. 2, lett. b).

nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»[42].

Ad ogni modo, entrambe le forme di discriminazione comportano una disparità di trattamento in situazioni analoghe: a titolo esemplificativo, una donna potrebbe sia subire una discriminazione diretta, nel caso in cui fosse esclusa da un impiego perché il datore di lavoro non vuole assumere donne, sia una discriminazione indiretta, perché i requisiti per la posizione sono formulati in modo tale che la maggior parte delle donne non sarebbe in grado di soddisfarli.

Le definizioni appena riportate hanno permesso di inquadrare a livello generale il fenomeno della discriminazione. Tuttavia, per comprendere meglio lo stesso, è necessario analizzare i divieti di discriminazione per motivi di nazionalità e di sesso[43].

Il primo divieto è sancito dall'art. 18 TFUE il quale, oltre a stabilire un divieto generale di discriminazione nell'applicazione dei trattati, riconosce al Parlamento europeo e al Consiglio un ruolo importante nella lotta a tale fenomeno.

In particolare, l'art. 18 prevede che «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni»[44].

In relazione al divieto di discriminazione per motivi di sesso, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'art. 157, prevede che «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

---

[42] Cfr. Corte di Giustizia, 13.11. 2007, C-57325/00, D.H. e a. c. Repubblica ceca, in *www.hudoc.echr.coe.int.*

[43] In tal senso FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 47.

[44] V. UNIONE EUROPEA, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (che ha modificato il TCE per effetto del Trattato di Lisbona), 2009, art. 18.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro.

3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali»[45].

Nonostante questo articolo sembri avere carattere spiccatamente economico, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha attribuito allo stesso anche un valore sociale. Infatti, indipendentemente dallo svolgimento di attività economicamente rilevanti, con esso viene garantita, di fatto, la libertà di circolazione e soggiorno a tutti i cittadini dell'Unione europea. In particolare, nella sentenza Defrenne I, la Corte di Giustizia ha affermato che «la finalità dell'art. 119 è duplice: la finalità sociale induce tutti gli Stati della Comunità ad accettare il principio prevalentemente sociale sancito dalla convenzione dell'O.I.L.; la finalità economica, frenando il "dumping sociale" rappresentato dalla possibilità di impiegare mano d'opera femminile più a buon mercato della mano d'opera

[45] Cfr. UNIONE EUROPEA, *Trattato sul funzionamento dell'Unione* Europea (che ha modificato il TCE per effetto del Trattato di Lisbona), 2009, art. 157.

maschile, favorisce il perseguimento di uno degli scopi fondamentali del mercato comune, cioè l'istituzione di un regime che garantisca che la concorrenza non sia falsata»[46].

Un ruolo di rilievo in questo ambito è rivestito anche dall'art. 19 TFUE[47] con cui è stato riconosciuto al Consiglio il potere di contrastare la discriminazione per motivi di sesso, razza e origine etnica, religione e convinzioni personali, età, disabilità e orientamento sessuale.

La peculiarità di questa norma sta nel fatto che, nonostante la stessa non sancisca un divieto di discriminazione, per la prima volta sono state introdotte nel Trattato cause di discriminazione diverse da quelle del sesso e della nazionalità.

Anche nel Trattato di Lisbona vi sono numerosi riferimenti ai divieti di discriminazione ed al principio di uguaglianza.

Si pensi all'art. 2 TUE, che per la prima volta include tra i valori fondamentali dell'Unione anche l'uguaglianza. Il successivo art. 3, par. 2, TUE ha aggiunto tra gli obiettivi dell'Unione anche la lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni, nonché la promozione della parità tra donne e uomini.

Importante, poi, l'art. 4, par. 2, TUE, il quale, esponendo un principio classico delle democrazie moderne, prevede che «1. In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza

[46] Così Corte di giustizia, 8.04.1976, C-43/75, Defrenne I, in *www.jstor.org.*

[47] V. UNIONE EUROPEA, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (che ha modificato il TCE per effetto del Trattato di Lisbona), 2009, art. 19: «1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.
2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»[48].

L'art. 9, infine, tutela i cittadini, prevedendo che «L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce»[49].

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha poi modificato alcune norme antidiscriminatorie, pur mantenendo salde le disposizioni esistenti, in particolare quelle che ribadiscono nelle singole materie il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità.

Innanzitutto è stato modificato il titolo I del TFUE, denominandolo "Categorie e settori di competenza dell'Unione" e non più "Principi".

Il Titolo I del TFUE, dunque, a seguito di questa modifica, si occupa principalmente di individuare le competenze dell'Unione.

Per quanto riguarda invece il Titolo II − che contiene alcune norme relative agli obiettivi trasversali alle varie politiche − sono state aggiunte alcune disposizioni, mentre altre sono state spostate in parti diverse del Trattato.

[48] Così UNIONE EUROPEA, Trattato sull'Unione europea, 2007, art. 4, par. 2.
[49] Sul punto UNIONE EUROPEA, Trattato sull'Unione europea, 2007, art. 9.

Ad esempio, è nuovo l'art. 10 che stabilisce il principio secondo cui l'Unione, nell'attuazione delle sue politiche, deve contrastare ogni tipo di discriminazione, come quelle basate sul sesso, la razza, l'origine etnica, ecc.[50]

Dunque, mentre l'art. 18 TFUE contiene un generale divieto di discriminazione e l'art. 19 TFUE costituisce una norma attributiva di competenza, l'art. 10 impone di perseguire la lotta alle discriminazioni in ogni settore d'intervento dell'Unione europea.

Tuttavia in tale articolo non vi è alcun riferimento alla nazionalità, disciplinata da disposizioni specifiche e considerata separatamente da tutti gli altri motivi di discriminazione.

1.1.3 L'applicazione del diritto antidiscriminatorio ai cittadini di paesi terzi

Nel 2000 sono state emanate due direttive rilevanti in tema di discriminazione: la prima − direttiva 2000/43/(CE) − attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, mentre la seconda − direttiva 2000/78/(CE) − stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[51].

La differenza tra le due attiene ai motivi di discriminazione tutelati e all'ambito di applicazione, riguardando la seconda il solo settore del lavoro.

In particolare, tali provvedimenti hanno introdotto importanti novità − in materia di discriminazione per motivi di sesso − attinenti alla nozione di discriminazione, alla strutturazione del giudizio sulla discriminazione ed all'ambito di applicazione.

L'art. 3, invece, esclude espressamente dall'ambito di applicazione della direttiva le differenze di trattamento basate sulla nazionalità, senza pregiudicare quanto previsto in tema di ingresso e residenza dei cittadini di paesi terzi o degli apolidi.

L'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/43/(CE) della discriminazione basata sulla nazionalità si può spiegare in ragione del fatto che l'art.

---

[50] V. UNIONE EUROPEA, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (che ha modificato il TCE per effetto del Trattato di Lisbona), 2009, art. 10: «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

[51] In argomento FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 50.

18 TFUE – che stabilisce il principio secondo cui la tutela dalla discriminazione deve essere riservata ai soli cittadini comunitari – affronta il tema di nazionalità, a differenza dell'art. 19 TFUE, base giuridica della direttiva, che rimane silente sul punto.

Fermo restando quanto sopra considerato, occorre considerare che può risultare difficile distinguere se una discriminazione sia effettivamente basata sulla cittadinanza, sulla razza o sull'origine etnica.

In alcuni paesi le discriminazioni per motivi di razza o di origine etnica sono più facilmente distinguibili da quelle per motivi di cittadinanza, poiché le persone di razza o di origine etnica diversa da quella della maggioranza della popolazione sono anche cittadini di tali paesi. In altri, invece, soprattutto in quelli che sono recentemente divenuti destinatari di flussi migratori e che sostengono politiche che rendono difficile l'acquisto della cittadinanza, la discriminazione motivata dalla razza o dall'origine etnica può essere confusa con quella a motivo della nazionalità.

Dunque, la direttiva sopra citata potrà essere applicata nei casi in cui la discriminazione per motivi di nazionalità determini anche una discriminazione indiretta per motivi di razza. Essa, nel prevedere un divieto di discriminazione per motivi di razza o origine etnica, non distingue tra cittadini europei e stranieri, regolarmente soggiornanti in Italia o meno. Infatti il godimento dei diritti fondamentali deve essere garantito a chiunque, indipendentemente dal suo *status*.

Non sempre, però, lo straniero non regolarmente soggiornante riesce a far valere i propri diritti, in quanto talvolta il godimento di taluni di essi, come di quelli di carattere sociale, oppure l'accesso a certi beni e servizi presuppongono la regolarità del soggiorno o del contratto di lavoro, quest'ultimo difficilmente ottenibile senza un regolare permesso di soggiorno.

Quanto ai cittadini di paesi terzi, la Convenzione delle Nazioni Unite sulla Discriminazione Razziale (ICERD) si è limitata ad esortare gli Stati ad assicurare che le politiche migratorie − così come le misure adottate per contrastare fenomeni di terrorismo − non perseguano scopi o non producano effetti discriminatori in base alla razza, al colore, alla discendenza o all'origine etnica o nazionale.

Invece la Corte europea dei diritti umani ha espressamente affermato che, sebbene gli Stati siano liberi di definire le regole in materia di soggiorno e immigrazione dei

cittadini di paesi terzi, ciò non toglie che essi debbano rispettare i diritti garantiti dalla Convenzione europea, compreso il divieto di discriminazione.[52]

Ad ogni modo, come ribadito sopra, sebbene taluni diritti fondamentali, a partire dall'ingresso, soggiorno e occupazione, debbano essere garantiti a tutti – cittadini europei o stranieri – l'ambito di applicazione della direttiva rimane comunque limitato ai soli cittadini degli Stati membri. Infatti, la nozione di nazionalità ivi contenuta è stata interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in modo restrittivo, così come quella di "persone" prevista all'art. 26, par. 2, TFUE, che sancisce il principio di libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali nel mercato interno.

Anche la nozione di "lavoratore dello Stato membro", ai sensi dell'art. 45 TFUE, è sempre stata intesa come lavoratore e cittadino di uno Stato membro, ragion per cui il paradigma del soggetto passivo del divieto sancito dall'art. 18 TFUE è il cittadino europeo che abbia esercitato il diritto di circolazione.

La nazionalità è oggi l'unico motivo di discriminazione rispetto al quale non è mai stata adottata una normativa specifica. È vero che i singoli possono far valere di fronte alle autorità nazionali l'art. 18 TFUE − trattandosi di una norma avente effetti diretti − ma le direttive − prevedendo solo gli obiettivi da raggiungere e non le modalità di applicazione − di fatto lasciano ai legislatori nazionali la libertà di disciplinare o meno l'ipotesi di discriminazione per motivi di nazionalità.

D'altra parte, la Corte di Giustizia ha affermato che qualora la normativa europea riconosca un diritto senza che, nel caso di violazione dello stesso, sia previsto un rimedio giurisdizionale *ad hoc*, gli Stati devono applicare le norme procedurali vigenti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno, le quali tuttavia devono soddisfare le condizioni della equivalenza e dell'effettività.

A tal proposito, in Italia, la direttiva 2000/43 è stata attuata attraverso un decreto legislativo (d. lgs. n. 215/2003) che esclude espressamente l'applicazione alla

[52] A titolo esemplificativo si riporta la sent. della Corte di Giustizia, 28.05.1985, C-9214/80; 9473/81 e 9474/81, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom in *www.asylumlawdatabase.eu*: «*There was not found to be a violation of Articles 14+8 with regard to discrimination on the ground of race. Most immigration policies differentiate on the basis of nationality and therefore indirectly by race; the Court held that it was not racial discrimination to give preferential treatment to persons from countries with which a State has the closest links. The 1980 Rules indeed even included a specific instruction to immigration officers to carry out their duties without regard to race*».

discriminazione per motivi di nazionalità[53]. D'altra parte, già vigeva una tutela civile sostanziale e processuale contro le discriminazioni, inclusa la nazionalità, disciplinata dagli artt. 43 e 44 del T.U. 286/1998 in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri in Italia.

In particolare, l'art. 43 prevede che «1. Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.

2. In ogni caso compie un atto di discriminazione:

a) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell'esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente;

b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

c) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio- assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità;

d) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l'esercizio di un'attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità;

[53] V. d. lgs. n. 215/2003, art. 3 in *www.parlamento.it.*

e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre l977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa.

3. Il presente articolo e l'articolo 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia»[54].

L'art. 44, poi, dispone che «1. Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione.

2. Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

3. [Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto].

4. [Il tribunale in composizione monocratica provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi].

5. [Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un

[54] V. Testo Unico sull'Immigrazione (d. lgs. n. 286/1998), art. 43.

termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto].

6. [Contro i provvedimenti del pretore è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'articolo 739, secondo comma, del codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile].

7. [Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale].

8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale.

9. [Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale].

10. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentativi a livello nazionale.

11. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 43 posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente comunicato dal pretore, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione, alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto.

12. Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni, con le associazioni di immigrati e del volontariato sociale, ai fini dell'applicazione delle norme del

presente articolo e dello studio del fenomeno, predispongono centri di osservazione, di informazione e di assistenza legale per gli stranieri, vittime delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi[55].

Nell'ambito della nostra giurisdizione, la soluzione migliore sarebbe stata quella di accorpare le tutele in un unico testo normativo, senza distinguerne l'applicazione soggettiva, a seconda che si tratti di cittadini italiani, dell'Unione europea o di paesi terzi, né l'applicazione oggettiva, a seconda che si tratti di discriminazione per motivi di nazionalità, origine nazionale, cittadinanza, razza e origine etnica.

1.1.4. L'applicazione del principio generale di non discriminazione ai cittadini di paesi terzi da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ravvisato nei divieti specifici contenuti nei Trattati istitutivi l'espressione di un principio generale di non discriminazione e di uguaglianza[56].

In particolare, tale principio è stato definito dalla Corte come "diritto umano", il che ha rilevanti ripercussioni nella gerarchia delle fonti, in quanto *ex* art. 6 TUE i diritti fondamentali hanno una collocazione superiore rispetto a quella degli altri principi generali.

Tra i testi normativi oggetto di analisi da parte della Corte nei processi a tutela dell'uguaglianza, emergono innanzitutto il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, essi rilevano in questo ambito in quanto il primo inserisce nel Trattato sull'Unione europea riferimenti espliciti al principio di uguaglianza e di non discriminazione, mentre la seconda contribuisce a qualificare il principio generale di non discriminazione quale diritto fondamentale dell'Unione europea.

Un ruolo di spicco è poi rivestito dal capo terzo della Carta − dedicato all'uguaglianza ed ai divieti di discriminazione − e in particolare dagli artt. 20 e 21.

---

[55] Cfr. Testo Unico sull'Immigrazione (d. lgs. n. 286/1998), art. 44.

[56] Sul punto FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 59.

Il primo articolo sancisce in via generale il principio di uguaglianza attraverso la formula «tutte le persone sono uguali davanti alla legge»[57].

L'art. 21 stabilisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione, prevedendo un elenco esemplificativo di motivi, che amplia sia quelli contenuti nell'art. 18 TFUE che quelli dell'art. 14 CEDU. In particolare esso prevede che «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità»[58].

La previsione di un divieto espresso di discriminazione e di un elenco non tassativo di motivi permette al principio di non discriminazione di eliminare nel concreto le differenze esistenti nella società, nonché di individuare i motivi di non discriminazione degni di tutela.

Inoltre, il ricorso al principio generale di non discriminazione permette di superare l'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 18 TFUE. Infatti, la Corte di giustizia, applicando contemporaneamente le diverse fonti che disciplinano il divieto di discriminazione, ha permesso di offrire un'ampia tutela basata sia sui divieti previsti nel Trattato − esperibili da tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico − che sulla forza estensiva tipica del principio generale. Ad esempio, in materia di discriminazione per motivi di sesso, la Corte ha affermato che «La Corte (in precedenti sentenze) ha riconosciuto la necessità di garantire, nell'ambito dello Statuto del personale, la parità tra i dipendenti comunitari senza distinzione di sesso. Ne consegue che, nei rapporti tra Istituzioni comunitarie, da un lato, e i loro dipendenti e gli aventi causa di questi, dall'altro, gli imperativi imposti da questo principio non sono affatto limitati a quelli che dall'art. 19 del Trattato CEE o dalle direttive comunitarie emanate in questo settore. Occorre

[57] V. PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Nizza, 2000, art. 20.

[58] Così PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Nizza, 2000, art. 21.

pertanto annullare la decisione del 3 Luglio 1981 della Commissione poiché è basata su disposizioni statutarie contrastanti con un diritto fondamentale e perciò inapplicabili in quanto trattano i coniugi superstiti dei dipendenti in maniera diseguale a seconda del loro sesso»[59].

Per quanto riguarda, poi, i motivi di discriminazione, la Carta dei diritti fondamentali, all'art. 21, include tra gli stessi anche l'origine nazionale. A tal proposito parte della dottrina ha inteso l'espressione "origine nazionale", di cui al secondo paragrafo dell'articolo in questione, nel senso di "nazionalità", riguardando qualsiasi discriminazione per qualsiasi nazionalità.

Questa affermazione è stata oggetto di dibattito. Infatti, in alcuni ordinamenti, le nozioni di origine nazionale, nazionalità e cittadinanza possono assumere significati diversi sia sul piano giuridico che su quello sociologico, a differenza di quanto avviene in Italia dove tali nozioni, almeno sul piano giuridico, vengono assimilate. Inoltre, anche la Convenzione delle Nazioni Unite sulla Discriminazione Razziale (ICERD) intende l'espressione "origine nazionale" come più ampia di "nazionalità" e tale da ricomprendervi quest'ultima, dal momento che essa tende a tutelare le persone pure quando la propria origine nazionale non coincide con la nazionalità; «Semmai si potrebbe ritenere che l'espressione tuteli solo contro la xenofobia, solo contro le discriminazioni perpetrate contro gli stranieri solo in quanto stranieri andando a ledere la loro dignità e che non possa essere fatta valere nei confronti di qualsiasi discriminazione nei confronti dei non cittadini, laddove il fine perseguito dal divieto non sia quello di tutelare la dignità umana ma quello di perseguire finalità di tipo economico come nell'ambito del mercato interno. In questo contesto le differenze di trattamento ammissibili sarebbero da valutare alla luce esclusivamente delle finalità economiche perseguite»[60]. Tuttavia, la distinzione di un divieto in base allo scopo o al valore tutelato sembrerebbe inserire, nell'applicazione della regola, elementi estranei alle caratteristiche tipiche della tutela antidiscriminatoria e dovrebbe perciò essere esclusa. In ogni caso, pur in assenza di una regola che vieti le discriminazioni per motivi di nazionalità verso cittadini di paesi terzi, qualsiasi normativa dell'Unione europea o nazionale che si

[59] V. Corte di Giustizia, 20.03.1984, C-75 e 117/82 Razzouk e Beydoun, in *www.eur-lex.europa.eu*.
[60] Così FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, cit., 66.

situi nell'ambito di applicazione dell'UE, potrà essere sindacata dalla Corte di Giustizia in applicazione del principio generale di non discriminazione per motivi di nazionalità.

Pertanto, è auspicabile un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia in materia di applicazione dei divieti di discriminazione ai cittadini di paesi terzi, anche per evitare che vi siano sul punto interpretazioni divergenti negli Stati membri che abbiano come unico scopo quello di limitare la tutela giurisdizionale nei confronti di tali individui.

Ad ogni modo, l'applicazione ai cittadini di paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità non comporta il riconoscimento di un diritto assoluto alla parità di trattamento tra cittadini UE e cittadini di paesi terzi. Infatti l'Unione europea nasce come organizzazione internazionale volta a riconoscere un trattamento preferenziale ai cittadini degli Stati membri, soprattutto in tema di ammissione, circolazione e soggiorno. A sua volta la stessa può, adottando norme secondarie, distinguere tra cittadini di Stati membri e cittadini di Stati terzi, nel rispetto delle norme del Trattato nonché delle norme di diritto internazionale generale e degli accordi da essa conclusi.

In realtà, nel 1999, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio europeo sembrava voler garantire ai cittadini extraeuropei condizioni di parità di trattamento il più possibile analoghe a quelle dei cittadini europei. Solo nel 2003 si è arrivati all'adozione di una direttiva che, pur non equiparando i cittadini di paesi terzi ai cittadini europei quanto al diritto di circolazione e di soggiorno, ne ha sancito il diritto alla parità di trattamento negli Stati membri ed in settori specifici.

Oltre alla distinzione tra cittadini europei e cittadini di Stati terzi, è rilevante anche la distinzione tra differenti cittadini di Stati terzi: l'Unione, così come i singoli Stati membri, ha negli anni adottato accordi internazionali volti a disciplinare la circolazione e il trattamento dei cittadini degli Stati contraenti, determinando una diversa gradazione rispetto ai diritti garantiti.

Un particolare *status* è poi conferito ai familiari di cittadini europei, che godono di un diritto di circolazione e di soggiorno dipendente da quello del cittadino europeo,

ma tendenzialmente assimilato ad esso. Ai familiari, infatti, è stato esteso anche il diritto alla parità di trattamento in virtù dell'art. 24, par. 1, direttiva 2004/38/(CE).
Se, dunque, gli Stati e la stessa Unione europea sono sostanzialmente liberi di disciplinare il trattamento dello straniero nel proprio territorio, sia attraverso norme interne sia a mezzo di accordi internazionali, salvi i limiti derivanti dalle norme costituzionali o dagli altri obblighi internazionali, dall'applicazione dell'art. 18 TFUE o del principio generale di non discriminazione deriva la possibilità di sindacare le norme sul trattamento degli stranieri alla luce della ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore. Ciò significa, tra l'altro, che le sole differenze di trattamento ammissibili sono quelle stabilite dal legislatore, comunque soggette ad un giudizio di legittimità.
Ad ogni modo, si esclude sicuramente la possibilità di distinguere le persone in relazione al godimento dei diritti umani.
Però, nella pratica, tale principio non sempre viene rispettato. Ad esempio, il legislatore europeo ha previsto una disciplina diversa in tema di ricongiungimento familiare dei cittadini dell'Unione e dei cittadini di paesi terzi, anche rispetto al diritto umano alla vita familiare. Più precisamente, la direttiva 2003/86/CE consente agli Stati membri di subordinare il ricongiungimento con il figlio minorenne di età superiore ai dodici anni all'accertamento della sussistenza delle condizioni di integrazione. Inoltre, è consentito agli Stati membri disporre che le richieste di ricongiungimento familiare di figli minori debbano essere presentate prima del compimento del quindicesimo anno di età. Infine, gli Stati possono prevedere un periodo di attesa prima della richiesta di ricongiungimento familiare, non superiore a due anni ma prolungato a tre qualora così preveda la legislazione di uno Stato membro in vigore al momento dell'adozione della direttiva.
Nessuna di queste condizioni è prevista ai fini del ricongiungimento del cittadino dell'Unione europea con il proprio familiare, sia questi cittadino dell'Unione europea o cittadino di paese terzo.
Nel diritto dell'Unione europea, come negli ordinamenti nazionali, i diritti umani dei cittadini di paesi terzi vengono così a svolgere la funzione di limite estremo alla discrezionalità degli Stati nell'adozione ed applicazione delle legislazioni

sull'immigrazione. Il risultato è però quello di una progressiva limitazione dei diritti umani più che della discrezionalità dello Stato.

1.2 La protezione della libertà di espressione da parte della CEDU

L'art. 10, co. 1, CEDU[61] sancisce il diritto alla libertà di espressione.

Tuttavia, questo diritto non è assoluto, in quanto, come evidenziato dal secondo comma dello stesso articolo[62], può essere compresso quando confligge con un altro diritto.

Più precisamente, affinché la libertà di espressione possa essere ridotta, devono ricorrere tre condizioni: tale restrizione deve essere espressamente prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo tra quelli indicati nella norma e deve essere necessaria in una società democratica[63].

In particolare, le limitazioni devono essere imposte «per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»[64].

La necessità delle misure deve essere valutata caso per caso ed è tesa a verificare che i motivi addotti dalle autorità nazionali per giustificare le misure restrittive siano pertinenti[65].

---

[61] V. CONSIGLIO D'EUROPA, Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, No. 5, Roma, 1950, art. 10, co. 1: «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive».

[62] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, No. 5, Roma, 1950, art. 10, co. 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».

[63] In tal senso VITALE, cit., 262 ss.

[64] Sul punto AJANI e PASA, *Diritto comparato-casi e materiali*, Torino, 2013, 172.

[65] Cfr. a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia, 6.03.2001, C- 274/99 P in *eur-lex.europa.eu*. nonché SALVATORE, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato-Unione europea*, Bruxelles, 2019, 16.

A questo punto, sarà necessario effettuare un *test* di proporzionalità, consistente nel bilanciare da un lato la libertà di espressione e dall'altro l'obiettivo che si intende perseguire limitando tale libertà: solo se tale restrizione è proporzionata all'obiettivo perseguito e se i motivi forniti dalle autorità nazionali a giustificazione della restrizione sono pertinenti e sufficienti, la stessa si riterrà rispondere ad un bisogno sociale imperativo.

Ma per capire meglio quando è legittimo limitare la libertà di espressione bisogna valutare diversi elementi[66].

Innanzitutto, è necessario verificare che ci si trovi effettivamente di fronte ad un discorso d'odio. A tal proposito, parte della dottrina ha evidenziato come costituiscano *hate speech* non solo quelle affermazioni che portano a commettere atti di violenza o altri atti criminali, ma anche «quegli attacchi con cui si insultano, ridicolizzano o diffamano singoli individui o gruppi di persone»[67].

Dopodiché, si dovranno verificare le intenzioni dell'autore del discorso, al fine di comprendere se lo stesso voleva propagandare idee razziste o violente o semplicemente informare il pubblico su questioni di interesse generale.

Ciò che conta, in particolare, è l'impatto sull'ordine pubblico e sulla coesione sociale del discorso d'odio. Importanti saranno le modalità di diffusione dell'informazione: ad esempio, il ricorso a mezzi di comunicazione di massa, dando luogo ad una rilevante diffusione, sarà oggetto di una maggiore attenzione della Corte.[68]

Tuttavia, anche questo elemento non è necessariamente decisivo, in quanto la Corte potrebbe ritenere che, nonostante la limitata diffusione del discorso, lo stesso sia in grado di produrre violenza.

Un altro elemento importante da considerare è quello dei destinatari. A tal proposito è necessario tenere conto di alcune situazioni e soggetti particolari.

Innanzitutto, le opere artistiche godono di una maggiore libertà nell'uso del linguaggio e nella scelta del contenuto dei messaggi, essendo le stesse essenziali in

---

[66] V. SPATTI, *Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà di espressione e abuso del diritto* in *Studi sull'integrazione Europea*, 2014, 9, 341 ss.

[67] Così SPATTI, cit., 348.

[68] Cfr. SPATTI, cit., 348.

una società democratica e avendo comunque un impatto più limitato, poiché destinate solitamente ad un pubblico ristretto[69].

In secondo luogo, politici e giornalisti, hanno particolari doveri e responsabilità, e dunque devono evitare di alimentare l'intolleranza. In particolare, questi ultimi devono agire in buona fede e fornire informazioni accurate e affidabili in conformità con l'etica del giornalismo. Allo stesso tempo, però, essi godono di un trattamento di favore, potendo essere "esonerati" dalla responsabilità per ingiuria o diffamazione, trattare i dati personali senza il consenso dell'interessato, esercitare il diritto di accesso alle fonti nei confronti degli organismi pubblici, che hanno l'obbligo di fornire tali informazioni.[70]

Infine, l'ultimo elemento che viene in considerazione è il tipo e la gravità della sanzione afflitta all'autore del discorso d'odio: più precisamente, la Corte deve verificare se esistevano delle misure alternative e meno invasive per l'esercizio della libertà di espressione[71].

1.2.2. Il divieto di abuso del diritto

L'art. 17 CEDU stabilisce il principio secondo cui nessuna norma di tale Convenzione può essere interpretata nel senso di legittimare atti volti a ledere o limitare in misura maggiore di quanto previsto dalla stessa i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[72].

La norma è stata introdotta per ostacolare la nascita di regimi totalitari. Non a caso, soprattutto all'inizio, tale articolo è stato applicato dalla Commissione europea dei diritti umani a casi in cui gli Stati aderenti avevano sanzionato l'attività di gruppi o di singoli individui ispirata a dottrine totalitarie come il nazionalsocialismo o il

---

[69] Sul punto SPATTI, cit., 349.

[70] In argomento CASAROSA, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio, Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Fiesole, 2020, 4.

[71] V. SPATTI, cit., 351.

[72] Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, No. 5, Roma, 1950, art. 17:«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».

comunismo. Inoltre, tale disposizione è stata richiamata anche in ipotesi concernenti condotte di incitamento all'odio nei confronti di particolari gruppi etnici o per impedire che il diritto alla libertà di espressione potesse essere usato come vettore di affermazioni negazioniste, ritenendo la Commissione europea dei diritti umani e la Corte EDU che incitare all'odio o negare un fatto storico accertato, come l'Olocausto, possa talvolta attentare a valori fondamentali riconosciuti nella CEDU, come giustizia, pace e democrazia.

Più precisamente, l'art. 17 è stato applicato in due modi dalla Corte EDU: in via diretta e in via indiretta: «quando l'art. 17 è impiegato in maniera diretta si esclude *a priori* l'applicabilità delle altre norme convenzionali, pertanto non si procede alla verifica nel merito. In questi casi l'art. 17 ha un effetto c.d. "ghigliottina" che porta a dichiarare l'irricevibilità dei ricorsi. Nella modalità di applicazione indiretta, invece, alla norma sull'abuso del diritto si fa riferimento nel momento in cui si verifica la necessità della misura restrittiva. A questa seconda modalità applicativa gli organi di Strasburgo sono per la verità ricorsi solo in una serie di casi degli anni Novanta nei quali il riferimento alla norma sull'abuso del diritto è limitato al fatto che la Corte riscontra come il diritto alla libertà di espressione non possa essere invocato in senso contrario all'art 17, senza, dunque, che questa norma porti a una qualche conseguenza particolare»[73].

In sintesi, la norma summenzionata entra in gioco «solo se è del tutto chiaro che il ricorrente ha cercato di invocare la Convenzione in modo da commettere un'attività o degli atti manifestamente contrari ai valori della Convenzione e che mirano alla soppressione dei diritti e delle libertà ivi sanciti»[74].

Per quanto riguarda il rapporto con la libertà di espressione, di cui all'art. 10, esso si è evoluto negli anni.

«In una prima fase interpretativa la Corte di Strasburgo ha riconosciuto una tutela privilegiata ad alcune categorie di soggetti storicamente discriminati senza mai chiamare in causa, a sostegno delle proprie argomentazioni, l'art. 17 CEDU. Sembra dunque che in questa prima fase la logica del bilanciamento di interessi

[73] Cfr. SPATTI, cit., 352.

[74] V. CONSIGLIO D'EUROPA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida sull'articolo 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Divieto di abuso di diritto*, traduzione effettuata dalla dott.ssa MARTINA SCANTAMBURLO e da RITA CARNEVALI, Strasburgo, 2019, 19.

venga accantonata per garantire una tutela incondizionata a determinati gruppi considerati meritevoli di tutela.

La seconda fase interpretativa […] si caratterizza per l'inserimento dell'art. 17 CEDU all'interno del giudizio di bilanciamento operato di concerto con l'art. 10 CEDU. Qui la Corte mostra una deferenza quasi acritica nei confronti delle valutazioni effettuate a livello nazionale, recependole senza particolari osservazioni. L'art. 17 CEDU viene dunque a costituire non solo parametro di bilanciamento e strumento di misura per vagliare la necessità della restrizione nazionale alla libera manifestazione del pensiero ma costituisce, altresì, argomento a sostegno del pregresso positivo vaglio della Corte in ordine alla necessità e proporzionalità dell'ingerenza nazionale»[75].

Nell'attuale fase interpretativa dell'art. 17 CEDU, occorre rilevare che la Corte EDU ha sancito il principio per cui determinati fatti storicamente assodati, come l'Olocausto, non possono essere protetti dall'art. 10 CEDU per effetto dell'art. 17. Si pensi, per esempio, al caso Pastörs c. Germania.

Il caso riguardava Udo Pastörs, presidente del Partito Democratico Nazionale della Germania, condannato in primo grado per aver offeso la memoria dei defunti, avendo lo stesso usato, durante un discorso tenuto in Parlamento, termini quali "proiezione di Auschwitz" e "uso dell'Olocausto per motivi politici e commerciali". Pastörs ricorreva alla Corte EDU, lamentando la violazione del diritto di libertà di pensiero, e obiettando di non aver voluto negare con il suo discorso il genocidio degli ebrei, ma solo ricordare anche le sofferenze delle vittime tedesche.

La Corte di Strasburgo, in quella occasione, ha ricordato come l'articolo 17 abbia carattere eccezionale, e dunque sia applicabile solo ai casi in cui la libertà di espressione venga strumentalizzata.

Partendo da tale assunto, la Corte ha affermato che «*Article 17 is only applicable on an exceptional basis and in extreme cases and should, in cases concerning Article 10 of the Convention, only be resorted to if it is immediately clear that the impugned statements sought to deflect this Article from its real purpose by employing the right to freedom of expression for ends clearly contrary to the values*

[75] Cfr. D'AMICO, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Leg. pen.*, 2020, 6, 25.

of the Convention. The decisive point when assessing whether statements, verbal or non-verbal, are removed from the protection of Article 10 by Article 17, is whether those statements are directed against the Convention's underlying values, for example by stirring up hatred or violence, or whether by making the statement, the author attempted to rely on the Convention to engage in an activity or perform acts aimed at the destruction of the rights and freedoms laid down in it. In a case concerning Holocaust denial, whether the Court applies Article 17 directly, declaring a complaint incompatible ratione materiae, or instead finds Article 10 applicable, invoking Article 17 at a later stage when it examines the necessity of the alleged interference, is a decision taken on a case-by-case basis and will depend on all the circumstances of each individual case»[76].

Si consideri, ancora, il caso Perinçek c. Svizzera[77], relativo al genocidio armeno[78], in relazione al quale la Corte di Strasburgo, ha affermato che «*The first point for decision is whether the application should be rejected by reference to Article 17 of the Convention, which provides:* "*Nothing in [the] Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention." The Chamber considered of its own motion whether to reject the application under Article 17 of the Convention. Finding that the applicant's statements did not amount to incitement of hatred towards the Armenian people, that he had not expressed contempt towards the victims of the events of 1915 and the following years, and that he had not been prosecuted for seeking to justify a genocide, the Chamber concluded that the applicant had not used his freedom of expression for ends contrary to the text and spirit of the Convention. There was therefore no reason to reject his application under Article 17*»[79].

[76]V. Corte di Giustizia, 3.10.2019, C-55225/14, Pastörs c. Germania, in *hudoc.echr.coe.int*.

[77] Cfr. D'AMICO, cit., 27.

[78] La vicenda riguardava un esponente politico turco che durante varie manifestazioni politiche in Svizzera distribuiva documenti in cui definiva il genocidio degli armeni "una vera e propria bugia internazionale."

[79] V. Corte di Giustizia, 15.10.2015, C-27510/08, Perinçek v. Switzerland, in *hudoc.echr.coe.int*.

2. Il panorama internazionale

2.1. L'esperienza statunitense

Nell'ordinamento statunitense, la libertà di espressione è tutelata dal Primo Emendamento, che prevede che «Il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto, per limitare la libertà di parola o di stampa o che limitino il diritto della gente a riunirsi in forma pacifica e a presentare petizioni al governo per riparare alle ingiustizie»[80].

Come evidenziato da una parte della dottrina[81], il Primo Emendamento è stato interpretato, all'inizio, nel senso che eventuali deroghe al principio della libertà di espressione erano ammissibili solo quando l'uso di alcune affermazioni rischiava di rovesciare l'ordinamento costituito. A tal proposito, il giudice del caso concreto doveva valutare l'idoneità causale delle espressioni rispetto all'evento minacciato, tenendo conto del contesto in cui si erano verificate le condotte. In particolare, lo stesso veniva agevolato nell'esecuzione di tale compito grazie alla dottrina del "*clear and present danger*", elaborata dal giudice della Suprema Corte Holmes, secondo la quale una limitazione della libertà di espressione è ammissibile solo laddove vi sia un rischio attuale per diritti di pari livello[82].

In un secondo momento, venne elaborato il c.d. "*Brandenburg test*", per cui, affinché si possa incriminare la manifestazione di un determinato pensiero, devono ricorrere le seguenti condizioni: presenza di un danno imminente, ragionevole possibilità che si possa generare un'azione illegale e volontà dell'autore delle espressioni di causare l'azione illegale.[83]

In generale, comunque, solo interessi di ordine costituzionale legittimano limiti alla libertà di espressione, in quanto «il basso rischio di una motivazione illegittima del potere pubblico nella restrizione, il minor valore collettivo dell'opinione espressa e la scarsa capacità del limite di determinare un effetto distorcente sul sistema di

[80] V. PRIMO CONGRESSO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, *I Emendamento alla Costituzione Americana* (1791).
[81] Così ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. dir.*, 2017, 1/2, 44.
[82] In tal senso GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale,* cit., 220.
[83] V. GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale,* cit., 221.

garanzia della libertà di espressione possono dar luogo ad un affievolimento dell'esame diretto ad individuare un limite alla manifestazione del pensiero»[84].

Tuttavia, tale impostazione normativa non sempre risulta vantaggiosa. L'esempio più eclatante è rappresentato dalla lunga politica di *apartheid* praticata negli Stati Uniti e dall'attuale presenza di un sentimento xenofobo in una parte della società statunitense, alimentato dall'*hate speech* a contenuto razziale, il quale favorisce il mantenimento nella coscienza sociale delle diseguaglianze economiche e politiche. In tale contesto, le espressioni odiose sono in grado di determinare sentimenti di pregiudizio nel destinatario generico della manifestazione di pensiero e senso di inferiorità e subordinazione nel destinatario "ultimo" dell'espressione. Più precisamente, parte della dottrina[85] ha individuato, dal punto di vista soggettivo, una quadruplice dannosità del *racist speech*: nei confronti dei destinatari, che si percepiscono impotenti e umiliati; del gruppo di appartenenza della vittima, quando preso di mira in via continuativa, degli autori, che sentono meno il disvalore delle proprie azioni; dell'intera società, poiché il *racist speech* «legittima e perpetua il razzismo e le varie diseguaglianze sociali, economiche e politiche che il razzismo contribuisce a creare»[86].

Occorre comunque chiedersi come bilanciare il principio di eguaglianza ed il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, tutelati dal I e dal XIV Emendamento.

Ebbene, l'approccio prevalente, per lo meno nel contesto nord-americano, non ammette la previsione di limiti alla libertà di manifestare pensieri odiosi e discriminatori, e ciò per evitare che, soprattutto i soggetti che non hanno altra possibilità di esprimere la propria opinione, possano incontrare sistematicamente limiti alla partecipazione al dibattito pubblico. Infatti, sono proprio i gruppi minoritari ad essere beneficiati da un'interpretazione ampia del principio della libera manifestazione del pensiero, e ciò in quanto gli stessi sono soggetti a discriminazioni ed interventi repressivi della propria libertà di autodeterminarsi sul

---

[84] In argomento STRADELLA, *Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 118 ss.

[85] Sul punto PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero,* in *Politica del diritto*, 2008, 2, 297 ss.

[86] Così STRADELLA, cit., 125.

piano culturale e politico nonché di solito più propensi all'utilizzo di un linguaggio pungente[87].

Inoltre, alcuni sostenitori della legittimità costituzionale dell'*hate speech* ritengono che le espressioni odiose e discriminatorie − se ripetutamente perpetrate nei confronti dei medesimi gruppi di soggetti − potrebbero essere in grado, per lo meno sul lungo periodo, di mettere a tacere le opinioni e le istanze di interi gruppi, i quali, al contrario, potrebbero voler partecipare alla vita democratica.

Tuttavia, in una concezione focalizzata sulla centralità della tutela di cui al I Emendamento, il rischio che nel lungo periodo le minoranze possano essere disincentivate ad esprimere le proprie idee − a causa della disapprovazione del gruppo dominante − è accettato, in quanto l'alternativa determinerebbe la repressione di alcune forme espressive e quindi l'esclusione dal dibattito pubblico di coloro che tendono prevalentemente a comunicare attraverso le stesse.

Perciò, l'apposizione di limiti all'*hate speech* potrebbe ritenersi incostituzionale in quanto lesiva del diritto individuale all'autodeterminazione e autoidentificazione, ma, allo stesso tempo, l'incriminazione del discorso d'odio permetterebbe, in alcuni casi, di valorizzare l'autonomia del singolo nella definizione del proprio *status* sociale e della sua libertà di non sentirsi parte delle categorie "ufficiali" all'interno delle quali i pubblici poteri vorrebbero inquadrarlo.

Altre censure di incostituzionalità hanno poi riguardato la violazione della "*equal protection clause*" e della "*due process clause*"[88].

La "*equal protection clause*" è sancita nel XIV Emendamento[89] e consiste nel fatto che «*Equal protection forces a state to govern impartially—not draw distinctions between individuals solely on differences that are irrelevant to a legitimate governmental objective. Thus, the equal protection clause is crucial to the protection of civil rights*»[90] − Essa è stata ritenuta legittima dalla Corte Suprema

[87] Sul punto STRADELLA, cit., 128.

[88] Sul punto GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale*, cit., 223.

[89] V. PRIMO CONGRESSO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, *XIV Emendamento alla Costituzione americana* (1791): «*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

[90] Cfr. *https://www.law.cornell.edu/wex/equal_protection#:~:text=U.S.%20Constitution&text=The%20F*

degli Stati Uniti[91], poiché la previsione legislativa dei crimini d'odio risponde ad un interesse legittimo in ragione della maggiore dannosità sociale di tali crimini.

La "*due process clause*" è contenuta nel XIV Emendamento che prevede che «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside*»[92] e nel V Emendamento, in base al quale «Nessuno sarà obbligato a rispondere di reato, che comporti la pena capitale o che comunque sia grave, se non per denuncia o accusa fatta da un *Grand Jury*, a meno che il caso non riguardi membri delle forze armate o della milizia in servizio effettivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno potrà essere sottoposto due volte, per uno stesso reato, ad un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in una causa penale, a deporre contro se stesso, né potrà essere privato della vita, libertà, o proprietà senza *due process of law* e nessuna proprietà privata potrà essere destinata ad uso pubblico senza equo indennizzo»[93].

In particolare, i crimini d'odio possono violare tale principio o sotto il profilo della vaghezza − risultando spesso le leggi incriminatrici dei crimini d'odio poco chiare o espresse in modo ambiguo − o per il fatto che l'inflizione di un trattamento sanzionatorio aggravato deve essere effettuata con sentenza di condanna adottata "oltre ogni ragionevole dubbio". Tale principio, tuttavia, ha avuto un impatto minimo sulle *hate crime laws* americane, dato che esse sono rispettose di tale previsione.

Per concludere, «La giurisprudenza americana della Corte Suprema sembra propensa a salvare dall'illegittimità costituzionale le *hate crime laws* riconoscendo la legittimità della tutela penale nel caso di *hate crimes* e sancendo altresì il principio secondo il quale l'*hate speech*, in linea di principio incostituzionale alla

ourteenth%20Amendment's%20Equal%20Protection,to%20a%20legitimate%20governmental%20objective.

[91] Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, 11.06.1993, No. 92-515, Wisconsin v. Mitchell in *www.caselaw.findlaw.com*.

[92] Così PRIMO CONGRESSO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, *XIV Emendamento alla Costituzione Americana* (1791).

[93] V. PRIMO CONGRESSO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, *V Emendamento alla Costituzione americana* (1791).

luce del I emendamento, assumerà legittima rilevanza penale laddove si concretizzi nel c.d. *speech-act* ossia nel discorso-azione»[94].

Si comprende, dunque, il concetto del "*marketplace of ideas*", elaborato per la prima volta dal giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes jr. e spiegato in maniera esaustiva da parte della dottrina[95]. Più precisamente, l'espressione "mercato delle idee" richiama il funzionamento dei mercati secondo l'economia neoclassica, modello in base al quale in un'economia di mercato – luogo in cui avviene l'incontro delle domande di ciascun individuo − sono disponibili diversi prodotti i cui fruitori, in quanto consumatori razionali, scelgono liberamente tra quelli disponibili, valutando le loro caratteristiche in termini di prezzi, qualità, capacità di soddisfare i propri bisogni, gusti, convenienze, ecc. Il beneficio ottenuto dalla concorrenza nel mercato consiste nel produrre i beni migliori nel modo più efficiente, valutazione che non potrà essere effettuata *a priori* (come avviene in un'economia pianificata), ma solamente *ex post*, come risultato delle libere scelte di milioni di consumatori indipendenti, che determineranno quale bene è migliore e prevale nel mercato.

Applicando questa metafora al regime della libertà di informazione, si giunge alla considerazione secondo cui chiunque può partecipare al mercato con le sue idee e, attraverso la discussione, confrontarsi con gli altri. Le idee e le opinioni competono così tra loro e ciascun individuo può valutarle, pesarle e scegliere quella preferita. Così come i cattivi prodotti sono espulsi dal mercato per mancanza di domanda e i buoni hanno successo, determinato dalla crescita della loro domanda, così le buone idee dovrebbero prevalere e quelle cattive essere marginalizzate dalla concorrenza nel mercato.

Secondo parte della dottrina, «La metafora del *marketplace of ideas* si fonda su alcuni concetti propri dell'ordinamento statunitense. Da un lato, il mercato è presentato come il luogo della libertà, con un valore etico, prima ancora che economico, e, più a monte, la garanzia dei diritti economici si pone come una conseguenza diretta del riconoscimento dei diritti di libertà civile e politica dei cittadini. Dall'altro, la libertà di espressione non viene intesa come un diritto

[94] In argomento GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale,* cit., 224.
[95] V. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 16.

naturale meramente individuale, bensì alla stregua di un *common good*. In questa logica il massimo benessere per la collettività è raggiunto solo consentendo la più libera espressione degli interessi individuali: se il diritto individuale riceve una tutela piena, ne seguirà il vantaggio sociale del reciproco confrontarsi delle idee. È il cosiddetto pluralismo esterno, ossia il pluralismo inteso come possibilità di ingresso di quante più voci consentano i mezzi tecnici di trasmissione, in modo che tutti i consociati possano a loro volta accedere a una varietà di opinioni diverse»[96].
Emergono comunque alcune perplessità su tale modello.
Innanzitutto, non vi è certezza del fatto che il mercato sia una zona di libertà, dal momento che solo i soggetti più forti − e dunque non tutti gli individui − possono essere o continuare ad essere attori del mercato.
In secondo luogo, maggiori dubbi emergono nel settore dei *mass media*. Infatti, «l'oggetto del mercato condiziona il mercato stesso e l'informazione è un "prodotto" con proprie specificità. In altri termini, il *marketplaces of ideas* non è un *marketplace* simile a tutti gli altri»[97].
L'ultima questione da esaminare attiene alle differenze tra la disciplina europea e quella statunitense.
Innanzitutto, in sede europea, la libertà di espressione ha un ambito di estensione più limitato. Infatti, come rilevato, il comma 2 dell'art. 10 CEDU prevede specifici limiti da applicare nei casi in cui ricorrono le seguenti condizioni: la restrizione deve essere espressamente prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo tra quelli indicati nella norma e deve essere necessaria in una società democratica. [98]

Inoltre, varia il margine di intervento delle autorità statuali: mentre il Primo Emendamento cerca di limitare l'interferenza dei pubblici poteri sulla libertà di espressione, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo è più aperta ad un intervento regolatorio statuale inerente a quest'ultima. Questa diversa regolamentazione ha importanti conseguenze: mentre il Primo Emendamento si

[96] Così RAMAJOLI, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 225.
[97] Sul punto RAMAJOLI, cit., 225.
[98] Cfr. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet* in *MediaLaws*, 2018, 1, 23 ss.

limita a stabilire un divieto, gli Stati europei riconoscono la libertà di informazione quale parte qualificata della libertà di parola e dunque legittimano meccanismi in grado di rimuovere dal dibattito pubblico contenuti incapaci di esprimere un contributo informativo perché del tutto falsi, infondati o non qualificati o verificati.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA NAZIONALE

1. La disciplina nazionale

1.1 Disamina storica a partire dal ventennio fascista

Il periodo che va dal 1922 − anno in cui i fascisti presero il potere − al 1943 − data che segnò la fine del regime − è noto come "ventennio fascista" e si caratterizza per la presenza di numerose leggi volte a limitare la libertà di espressione, al fine di neutralizzare ogni espressione di dissenso politico[1].

In via esemplificativa, si richiamano gli artt. 4 e 5 co. 1 della l. 25 novembre 1926, n. 2008, rubricata "Provvedimenti per la difesa dello Stato".

Più precisamente, l'art. 4 stabiliva che «Chiunque ricostituisce, anche sotto forma o nome diverso associazioni, organizzazioni o partiti disciolti per ordine della pubblica autorità, è punito con la reclusione da tre a dieci anni, oltre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Chi fa parte di tali associazioni, organizzazioni o partiti è punito, pel solo fatto della partecipazione, con la reclusione da due a cinque anni, e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Alla stessa pena soggiace chi fa, in qualsiasi modo, propaganda della dottrina, dei programmi e dei metodi d'azione di tali associazioni, organizzazioni o partiti»[2].

L'art. 5 disponeva al primo comma che «Il cittadino che, fuori del territorio dello Stato, diffonde o comunica, sotto qualsiasi forma, voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato, per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all'estero o svolge comunque una attività tale da recar nocumento agli interessi nazionali, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni, e con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici»[3].

In seguito, la fine della guerra nonché il passaggio alla forma Repubblicana e la redazione della carta costituzionale hanno garantito la tutela di libertà e diritti

[1] Sul punto ABBONDANTE, cit., 58.
[2] Così l. 25 novembre 1926, n. 2008, art. 4.
[3] V. l. 25 novembre 1926, n. 2008, art. 5. co 1.

fondamentali, tra cui quella di espressione, permettendo la rottura con il passato (si pensi alla XII disposizione transitoria[4] sul divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista e all'art. 21 Cost.[5], che sancisce il principio della libertà di espressione).

La XII disposizione transitoria ha costituito la base costituzionale della legge Scelba (l. n. 645/1952) che reprime, tra gli altri, i reati di associazione[6], di apologia del fascismo[7] e di manifestazioni fasciste o naziste limitative della libertà di manifestazione del pensiero.[8]

Importante segnalare anche la l. n. 962/1967, "legge per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio", che prevede all'art. 8 che «Chiunque

[4] Cfr. XII Disposizione transitoria della Costituzione: «È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.
In deroga all'articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dall'entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista».

[5] V. art. 21 ultimo comma: «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

[6] Sul punto, l. n. 645/1952, art. 2 «Chiunque promuove, organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi indicati nell'art. 1, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni e con la multa da un milione a dieci milioni di lire.
Chiunque partecipa a tali associazioni, movimenti o gruppi è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da cinquecentomila a cinque milioni di lire.
Se l'associazione, il movimento o il gruppo assume in tutto o in parte il carattere di organizzazione armata o paramilitare, ovvero fa uso della violenza, le pene indicate nei commi precedenti sono raddoppiate.
L'organizzazione si considera armata se i promotori e i partecipanti hanno comunque la disponibilità di armi o esplosivi ovunque siano custoditi.
Fermo il disposto dell'art. 29, comma primo, del Codice penale, la condanna dei promotori, degli organizzatori o dei dirigenti importa in ogni caso la privazione dei diritti e degli uffici indicati nell'art. 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del Codice penale per un periodo di cinque anni. La condanna dei partecipanti importa per lo stesso periodo di cinque anni la privazione dei diritti previsti dall'art. 28, comma secondo, n. 1, del Codice penale».

[7] Cfr. l. n. 645/1952, art. 4: «Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità ideate nell'art. 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila.
Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, princìpi, 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 .
La pena è della reclusione da due a cinque anni e della multa da cinquecentomila a due milioni di lire se alcuno dei fatti previsti nei commi precedenti è commesso con il mezzo della stampa.
La condanna comporta la privazione dei diritti previsti nell'art. 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del codice penale, per usi periodo di cinque anni».

[8] Così, l. n. 645/1952, art. 5: « 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 tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire.
Il giudice, nel pronunciare la condanna, può disporre la privazione dei diritti previsti nell'art. 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del codice penale per un periodo di cinque anni».

pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente».[9]

A livello storico, dopo la l. n. 962/1967, il tema è stato affrontato dalla legge Reale (l. n. 654/1975), la quale ha ratificato la convenzione di New York sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965 e, per effetto della stessa, ha introdotto all'art. 3 il reato di propaganda razzista, base dell'attuale art. 604-*bis* c.p.

In particolare, l'art. 2 della predetta convenzione stabilisce che «1. Gli Stati contraenti condannano la discriminazione razziale e si impegnano a continuare, con tutti i mezzi adeguati e senza indugio, una politica tendente ad eliminare ogni forma di discriminazione razziale ed a favorire l'intesa tra tutte le razze, e, a tale scopo:

a) ogni Stato contraente si impegna a non porre in opera atti o pratiche di discriminazione razziale verso individui, gruppi di individui od istituzioni ed a fare in modo che tutte le pubbliche attività e le pubbliche istituzioni, nazionali e locali, si uniformino a tale obbligo;

b) ogni Stato contraente si impegna a non incoraggiare, difendere ed appoggiare la discriminazione razziale praticata da qualsiasi individuo od organizzazione;

c) ogni Stato contraente deve adottare delle efficaci misure per rivedere le politiche governative nazionali e locali e per modificare, abrogare o annullare ogni legge ed ogni disposizione regolamentare che abbia il risultato di creare la discriminazione o perpetuarla ove esista;

d) ogni Stato contraente deve, se le circostanze lo richiedono, vietare e por fine con tutti i mezzi più opportuni, provvedimenti legislativi compresi, alla discriminazione razziale praticata da singoli individui, gruppi od organizzazioni;

e) ogni Stato contraente s'impegna, ove occorra, a favorire le organizzazioni ed i movimenti integrazionisti multirazziali e gli altri mezzi ad eliminare le barriere che esistono tra le razze, nonché a scoraggiare quanto tende a rafforzare la separazione razziale.

[9] V. l. n. 962/1967, art. 8.

2. Gli Stati contraenti, se le circostanze lo richiederanno, adotteranno delle speciali e concrete misure in campo sociale, economico, culturale o altro, allo scopo di assicurare nel modo dovuto, lo sviluppo o la protezione di alcuni gruppi razziali o di individui appartenenti a tali gruppi per garantire loro, in condizioni di parità, il pieno esercizio dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tali misure non potranno avere, in alcun caso, il risultato di mante nere i diritti disuguali o distinti per speciali gruppi razziali, una volta che siano stati raggiunti gli obiettivi che si erano prefissi»[10].

Tornando all'art. 3 della legge Reale, esso ha subito nel corso del tempo diverse modifiche.

In particolare, nella sua formulazione originaria, tale articolo prevedeva al primo comma che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione è punito con la reclusione da uno a quattro anni: a) chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale; b) chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. È vietata ogni organizzazione o associazione avente tra i suoi scopi di incitare all'odio o alla discriminazione razziale. Chi partecipi ad organizzazioni o associazioni di tal genere, o presti assistenza alla loro attività è punito per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da uno a cinque anni. Le pene sono aumentate per i capi e i promotori di tali organizzazioni o associazioni»[11].

Nel 1993, con la legge Mancino (l. n. 205/1993), vengono adottate poi ulteriori misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica o religiosa, con l'aggiunta, all'art. 3 della l. n. 654/1975, del fattore etnico tra i motivi idonei a connotare la propaganda discriminatoria e del fattore religioso tra i motivi di incitamento alla commissione di atti discriminatori.

Dunque tale articolo, a seguito della modifica, puniva: «a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio

[10] V. ONU, *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, New York, 1965, art. 2.
[11] Così, l. n. 654/1975, art. 3.

razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»[12].

Tale legge ha altresì introdotto all'art. 3 (ora art. 604-*ter* c.p.) una circostanza aggravante per i reati commessi con finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso[13].

Infine, dal punto di vista sanzionatorio, la legge Mancino ha individuato una serie di pene accessorie, prevedendo ai commi da 1-*bis* a 1-*septies* dell'art. 1 sanzioni con finalità rieducativa, tra cui il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità secondo modalità da stabilirsi con decreto ministeriale[14].

La fattispecie è stata ulteriormente modificata nel 2006 per effetto della l. n. 85/2006 che, oltre a ridurre i limiti edittali delle pene, ha ridefinito le condotte penalmente rilevanti, sostituendo il termine "incitamento" con quello di "istigazione" e quello di "diffusione" con quello di "propaganda"[15].

Tale formulazione delle fattispecie di reato sembra aver ristretto i margini del "penalmente rilevante", dal momento che, da un lato, la propaganda − a differenza della diffusione − necessita di un'organizzazione di mezzi e una sistematicità di interventi, volti ad influenzare i destinatari del messaggio, così da condizionarne il comportamento e, dall'altro, l'istigazione − contrariamente all'incitazione – richiede un livello minimo di idoneità ad influire sulle condotte e sulle convinzioni altrui.

---

[12] Sul punto GOISIS, *Crimini d'odio. Il senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, in *Dir. pen. uomo*, 2019, 12.

[13] V. art. 604-*ter* c.p. «1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

[14] V. GOISIS, *Crimini d'odio-Discriminazioni e giustizia penale*, cit., 266.

[15] Sul punto RIZZI, *Il discorso dell'eguaglianza: nota a margine della sentenza CDA BS n. 96/2019*, in *Dir. imm. e citt.*, 2019, 2, 241.

Dunque, il termine "propaganda" si pone rispetto a quello di "diffusione" in rapporto di specialità per specificazione[16]. Infatti, rispetto alla diffusione, nel caso della propaganda, oltre alla divulgazione, ricorre la finalità di condizionare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico, e quindi di raccogliere proseliti attorno all'idea propagandata. Di conseguenza, secondo il legislatore, tale termine è idoneo ad evidenziare la distanza tra la condotta tipizzata e la mera manifestazione del pensiero.

Quindi, nella sua formulazione attuale, l'art. 3 prevede la reclusione fino ad 1 anno e 6 mesi (e non più fino a 3 anni) o la multa fino a 6000 euro per chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»[17].

Nel 2016, poi, per effetto della decisione quadro 2008/913/GAI, la l. n. 11555/2016 ha introdotto un nuovo comma 3-*bis* che applica la pena da 2 a 6 anni «se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi un 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»[18].

In seguito, nel 2017, con la l. n. 167/2017 è stato rettificato tale comma e vicino al termine "negazione" sono state aggiunte le parole «sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia», uniformandosi così maggiormente alle indicazioni contenute nella decisione quadro 2008/913/GAI[19].

Infine, nel 2018, l'art. 7 del d. lgs 1 marzo 2018, n. 21 ha abrogato l'art. 3 della l. n. 654/1975 e ha introdotto all'art. 604-*bis* c.p. il divieto di partecipazione a organizzazioni o gruppi che hanno tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione e alla violenza, distinguendo, quanto alla pena, la posizione dei

[16] Così BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in *Criminalia*, 2018, 3.
[17] V. l. n. 654/1975, art. 3, oggi inserito nel nostro ordinamento attraverso l'art. 604-*bis* c.p.
[18] Sul punto l. n. 654/1975, art. 3-*bis*.
[19] Così D'AMICO, cit., 11.

semplici partecipanti da quella di «coloro che dirigono o promuovono tali organizzazioni, gruppi o associazioni»[20].

Inoltre, grazie alla riserva di codice effettuata da tale decreto legislativo, l'intera materia è stata trasposta nel titolo XII del codice penale, tra i delitti contro la persona, nel capo III, dei delitti contro la libertà individuale, nella nuova sezione I-*bis,* dedicata ai delitti contro l'uguaglianza agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.[21]

2. Il delitto di propaganda razzista

Ai sensi dell'art. 604-*bis* c.p., rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa": «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

[20] V. art. 604-*bis*, co. 2, c.p.: «È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni».

[21] In argomento GOISIS, *Crimini d'odio. Il senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, cit., 12.

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».

La questione principale posta dalla norma attiene all'individuazione dei confini delle varie ipotesi criminose ivi delineate. Infatti, mentre prima della l. n. 654 /1975, il discorso d'odio poteva essere punito solo qualora desse luogo ad un'effettiva induzione o istigazione alla commissione di un reato, oggi pare essere sufficiente anche la semplice «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»[22].

La giurisprudenza ha spiegato chiaramente il significato di tale locuzione: «Invero, ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 3, co. 1, lett. a), prima parte, legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modifiche, la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni, l'"odio razziale o etnico" è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e la "discriminazione per motivi razziali" è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non – invece − sui suoi comportamenti»[23].

In questo modo, l'ambito della fattispecie criminosa viene ridotto, con la conseguenza che, per potersi configurare il reato, dovrà sussistere il pericolo concreto che vengano realizzati comportamenti discriminatori. Pertanto, bisognerà verificare che le condotte siano realmente in grado di ledere il principio di pari dignità, tenendo conto del contesto in cui vengono pronunciate le espressioni

[22] Così LUCIANI, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*, Bruxelles, 2019, 41.

[23] V. Cass. pen., Sez. V, 30.07.2019, n. 34815, in *www.medialaws.eu.*

odiose[24]. Ad esempio, la diffusione attraverso i *mass media* di una teoria razzista volta a spingere il pubblico ad allontanare, espellere o trattare in modo svantaggioso i membri di determinate comunità, integra una condotta pericolosa per la democrazia e per il principio di parità e, in quanto tale, non può essere ritenuta legittima sulla base del principio di libera manifestazione del pensiero. Diverso è il caso di coloro che esprimono opinioni più o meno esplicitamente razziste o di disprezzo verso un credo religioso in un contesto più ristretto, in quanto in tale ipotesi non viene necessariamente leso, in concreto, il principio di pari dignità.

Il reato di cui all'art. 604-*bis* c.p. è un reato di pura condotta poiché, pur essendo necessario un *quid pluris* rispetto all'attività dell'agente − consistente nell'esteriorizzazione della comunicazione − non si richiede, ai fini della punibilità, che le espressioni odiose siano state in concreto recepite dal destinatario nel momento in cui viene consumato il reato[25].

Nello specifico, avendo la condotta di propaganda lo scopo di spingere altri all'imitazione, è sufficiente, per poter integrare il reato, la semplice diffusione delle idee sorretta da una precisa motivazione ideologica.

Ai fini dell'istigazione, invece, non serve la divulgazione al pubblico, potendo la condotta indirizzarsi anche ad un solo soggetto, ma è comunque necessario che l'espressione solleciti ad agire, non rilevando, in ogni caso, che l'esortazione venga accolta dai destinatari.

Quindi, sia il reato di propaganda che quello di istigazione si consumano nel tempo e nel luogo in cui il pensiero viene esternato.[26]

Relativamente, poi, alla condotta istigatrice di cui alla seconda parte delle lettere a) e b), sembra possibile individuare una deroga al principio previsto dall'art. 115 c.p.[27], dal momento che l'importanza del bene giuridico in gioco giustifica

---

[24] Così PAVICH e BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014, 20.

[25] Sul punto GOISIS, *Crimini d'odio-Discriminazioni e giustizia penale,* cit., 283.

[26] V. D'AMICO, cit., 12.

[27] Cfr. art. 115 c.p.: «Salvo che la legge disponga altrimenti, 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.
Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.
Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso.

l'anticipazione della tutela alla mera condotta istigatrice, senza che sia necessaria la realizzazione dell'effetto cui essa è rivolta[28].

In generale, l'anticipazione della tutela penale rischia di porsi in contrasto con il principio di offensività[29]. Però, in tal caso, questa minaccia non sussiste, essendo le condotte criminose costruite in termini di pericolo concreto.

In aggiunta, a differenza della lett. b), che non dà luogo a particolari difficoltà, dal momento che la stessa riguarda le condotte di incitamento alla commissione o la stessa commissione di atti di violenza, e dunque allude ad una condotta di per sé penalmente rilevante, qualche problema invece sorge in relazione alla seconda parte della lett. a), che criminalizza la mera istigazione a commettere atti discriminatori, includendo quindi anche condotte intrinsecamente lecite.

Secondo parte della dottrina[30], non è importante che l'atto discriminatorio oggetto di incitamento sia penalmente rilevante, mentre lo è la motivazione dell'agire, ossia la condotta istigata deve essere discriminatoria, anche se lecita. Di conseguenza, ciò potrebbe portare a ritenere che la condotta di cui alla seconda parte della lett. a) integri un'ipotesi di dolo specifico, l'unica capace di rendere illecito, almeno a prima vista, un comportamento perfettamente lecito.

Però, dottrina e giurisprudenza non condividono tale posizione.

In particolare, la giurisprudenza[31] ha precisato come mentre le condotte di propaganda di idee discriminatorie e di istigazione a commettere atti discriminatori (art. 604-*bis* lett. a) c.p.) costituirebbero ipotesi di reato a dolo generico[32], le condotte consistenti in atti di discriminazione o nella commissione o nella provocazione di atti di violenza (art. 604-*bis* lett. a) seconda parte e lett. b) c.p.) integrerebbero reati a dolo specifico[33]. Ciò in quanto nelle ipotesi da ultimo citate

---

Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza».

[28] Così, GOISIS, *Crimini d'odio-Discriminazioni e giustizia penale*, cit., 284.

[29] V. DOLCINI, GATTA, MARINUCCI, *Manuale di Diritto Penale-Parte Generale*, Milano, 2019, 10: «non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo».

[30] Così D'AMICO, cit., 13.

[31] V. Cass. pen., Sez. III, 7.5.2008, n. 37581, in *https://canestrinilex.com*.

[32] Sul punto DOLCINI, GATTA, MARINUCCI, cit., 360: «nei reati c.d. a dolo generico le finalità perseguite dall'agente con la commissione del fatto sono irrilevanti per l'esistenza del dolo».

[33] Così DOLCINI, GATTA, MARINUCCI, cit., 360: «nei reati c.d. a dolo specifico, […] il legislatore richiede che l'agente commetta il fatto avendo di mira un risultato ulteriore, il cui realizzarsi non è necessario per la consumazione del reato […]».

«il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati»[34].

Secondo parte della dottrina[35], la propaganda consisterebbe in un reato a dolo generico, essendo sufficiente che l'agente sia consapevole del contenuto della dichiarazione che deliberatamente propaganda e dell'idoneità di quest'ultima a condizionare i destinatari della comunicazione.

Un discorso simile vale per la condotta istigatrice, in relazione alla quale si ritiene che la discriminazione non interessi la condotta dell'agente ma riguardi solo le motivazioni dell'atto oggetto di istigazione.

Per concludere l'analisi, si ricorda che lo stesso è un reato comune − potendo essere realizzato da chiunque − ed a forma libera − essendo indifferente il modo in cui viene posto in essere il fatto tipico.

Passando all'analisi del secondo comma dell'art. 604-*bis* c.p., esso criminalizza le organizzazioni e le associazioni che hanno, tra i vari scopi, quello dell'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La Suprema Corte ha escluso «che sia necessaria, per la configurabilità del reato, l'esistenza di una struttura e organizzazione anche materiale, come invece è richiesto per il delitto di associazione per delinquere»[36].

Dunque, il legame stabile tra i membri dell'organizzazione in esame, componente che normalmente costituirebbe lo spartiacque tra il reato associativo ed il concorso di persone nel reato, non viene ritenuto dalla giurisprudenza elemento indispensabile.

In particolare, secondo la Cassazione, tale condotta associativa, che mantiene un residuo di tutela del bene giuridico "ordine pubblico", sembra non presentare alcuna differenza rispetto ad un occasionale concorso di persone volto a realizzare una delle condotte discriminatorie di cui al primo comma. Questo ha portato a interrogarsi sulla necessità di una norma incriminatrice di una condotta che sarebbe comunque stata repressa attraverso agli strumenti classici previsti dal codice penale, ossia il combinato disposto tra l'art. 110 c.p. e l'art. 604-*bis* c.p. A tal proposito,

[34] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7.5.2008, n. 37581, in *https://canestrinilex.com.*
[35] In argomento, GOISIS, *Crimini d'odio-Discriminazioni e giustizia penale*, cit., 284.
[36] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 16.2.2016, n. 34713, in *ww.dejure.it.*

nonostante la giurisprudenza non abbia ritenuto essenziale la stabilità del vincolo associativo, è comunque necessario, affinché si possa rilevare la consumazione del reato di cui al secondo comma dell'art. 604-*bis* c.p., che la condotta si traduca in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto, dovendo il fatto raggiungere quantomeno la soglia del tentativo[37].

La decisione quadro 2008/913/GAI, al fine di armonizzare la normativa penale in materia, ha esortato gli Stati membri ad individuare misure volte a punire e reprimere varie condotte di stampo razzista e xenofobo, lasciando però agli stessi un certo margine di autonomia nel riportare le disposizioni sovranazionali a livello interno[38].

In particolare, l'Italia si è adeguata a tale decisione quadro attraverso la circostanza aggravante di cui al comma 3 dell'art. 604-*bis* c.p.[39], che prevede 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»[40].

A tal proposito, la decisione quadro sopra richiamata, all'art. 1, obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché i comportamenti intenzionali individuati siano resi punibili, senza però specificare lo strumento mediante il quale tale incriminazione sarebbe dovuta avvenire[41].

In attuazione della decisione quadro, il legislatore italiano, con d. d. l. n. S. 57/2015, ha optato per l'incriminazione delle condotte sopra menzionate ricorrendo non ad una fattispecie autonoma di reato, ma ad una circostanza aggravante.

---

[37] In argomento D'AMICO, cit., 15.

[38] Così CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *decisione quadro 2008/913/GAI*, art. 1.

[39] V. art. 604-*bis*, co. 3 c.p.

[40] Come evidenziato dagli autori PAVICH e BONOMI, cit., 8: «con il termine "negazionismo" si intende l'atteggiamento di minimizzazione, o di scetticismo, o addirittura di rifiuto nei riguardi di verità storiche aventi ad oggetto casi eclatanti di discriminazione, spesso anche con l'impiego della violenza, in danno di determinate comunità etniche, religiose ecc.».

[41] V. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *decisione quadro 2008/913/GAI*, art. 1: « Il razzismo e la xenofobia costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto, principi sui quali l'Unione europea è fondata e che sono comuni agli Stati membri».

Il principale problema dell'aver optato per la circostanza aggravante sta nel fatto che essa è inevitabilmente connessa ad una fattispecie autonoma di reato, la quale, nel caso di specie, risulta particolarmente ambigua, ossia la "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa"[42].
La circostanza aggravante esplica i suoi effetti nell'ambito individuato dalla norma incriminatrice, incidendo solo sul trattamento sanzionatorio ad essa riservato. Dunque, la stessa non potrebbe essere travisata e identificata come un'incriminazione di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista. Forme di negazionismo *soft*, non connotate da significati di propaganda o istigazione illecita, non vengono incriminate. Infatti, il disvalore del fatto risiede nell'offesa arrecata dalla condotta di propaganda o istigazione vietata, con la conseguenza che il profilo negazionista viene in rilievo se e in quanto ne sia una modalità di realizzazione[43].
Dunque, le idee negazioniste non sarebbero punibili in quanto tali ma solo se espresse nel contesto di una propaganda di atti discriminatori o di una istigazione o commissione di atti di violenza[44].
Tuttavia, «dal rapporto di specialità che intercorre tra fattispecie base e fattispecie circostanziata consegue che, con la riforma proposta dal Senato, non acquisterebbero rilevanza penale condotte che oggi ne sono prive: sarebbero solo punite più severamente condotte già oggi penalmente rilevanti, in quanto riconducibili alle citate fattispecie delittuose previste dalla l. n. 654/1975»[45].
Oltre a tale questione, ne sono emerse altre particolarmente importanti, a partire da quella relativa all'oggetto delle condotte punibili: Shoah, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra.
Mentre la Shoah è individuabile solo nella sua componente storica, gli altri crimini sono identificabili dal punto di vista giuridico, grazie alla definizione elaborata dallo Statuto della Corte Penale Internazionale[46].

[42] Così D'AMICO, cit., 17.
[43] In argomento PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 328.
[44] Sul punto D'AMICO, cit., 17.
[45] Così GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo* (come circostanza aggravante), in *www.penalecontemporaneo*.it, 2015, 2.
[46] V. ONU, *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale*, 1998, artt. 6, 7 e 8.

Questa distinzione, prospettata dalla decisione quadro ed in seguito riportata nel comma 3 dell'art. 604-*bis* c.p., sembra coincidere con quella effettuata dalla dottrina[47] tra negazionismo originario e negazionismo derivato, dove il primo si riferisce all'originaria tendenza degli ordinamenti nazionali ad incriminare solo contestazioni, negazioni o minimizzazioni della Shoah, in quanto pietra angolare della costruzione dell'identità europea, e col secondo si ritengono punibili anche le espressioni riguardanti altri crimini internazionali, modificando l'area del penalmente rilevante sia in termini oggettivi che temporali.

Tuttavia, nonostante il richiamo allo Statuto di Roma garantisca il rispetto del principio di tassatività da parte della norma sul negazionismo, alcuni problemi emergono in relazione alla definizione del concetto di Shoah. Più precisamente ci si è posti il dubbio se si debba incriminare solo la negazione di tali eventi storici o anche la contestazione di mere modalità di realizzazione di quest'ultima.

Inoltre, il comma 3 dell'art. 604-*bis* c.p., a differenza della decisione quadro, non fa riferimento al requisito della "pubblicità" delle affermazioni negazioniste, probabilmente per non limitare troppo il campo di applicazione di tale normativa.

Questo elemento potrebbe, però, entrare in contrasto con il principio di offensività, se isolatamente considerato.[48]

Ebbene, non vi sarebbe alcun rischio di violazione del principio di offensività in quanto la fattispecie aggravata dell'istigazione/propaganda negazionista è stata costruita secondo il modello del "reato di pericolo concreto", con la conseguenza che, per poter incriminare determinati comportamenti, gli stessi devono essere stati realizzati in modo tale da a istigare alla violenza o all'odio e più precisamente il bene giuridico tutelato dall'art. 604-*bis*, co. 3 c.p. deve essere stato effettivamente messo in pericolo.

Il successivo art. 604-*ter* c.p. individua, poi, un'autonoma circostanza aggravante, stabilendo che «Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni,

[47] Sul punto FRONZA e GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato,* in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, 4.

[48] Ci si chiede, infatti, se un discorso negazionista pronunciato in assenza di un vasto pubblico possa essere ritenuto idoneo ad influenzare l'opinione di più persone sull'argomento e quindi penalmente rilevante.

movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante»[49].

Essa consiste in un'aggravante "quasi" comune[50], applicabile ad un'ampia serie di reati. Infatti, l'unica ipotesi esclusa è quella dei reati puniti con la pena dall'ergastolo.

Tra l'altro, a tale aggravante non si applica il regime del bilanciamento, fatta eccezione per l'attenuante di cui all'art. 98 c.p.[51], così derogando al regime dell'art. 69 c.p.[52]

Ad avviso della giurisprudenza, il tratto essenziale dell'aggravante in esame consiste nel fatto che non basta che la condotta dell'agente sia mossa da finalità di discriminazione e di odio, ma la ragione dell'odio deve anche essere oggettivamente ed esteriormente percepibile[53].

---

[49] Così art. 604-*ter* c.p.

[50] V. DOLCINI, GATTA, MARINUCCI, cit., 605: «Circostanze comuni sono quelle previste per un numero indeterminato di reati, cioè per tutti i reati con i quali non siano incompatibili […]».

[51] Cfr. art. 98 c.p.: «È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita.
Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale».

[52] V. art. 69 c.p.: «Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.
Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.
Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.
Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato».

[53] Così Cass. pen. Sez. V, 17.11.2005, n. 44295, in *www.penale.it.*

Con riguardo alla stessa, si è posto il dubbio se l'odio dovesse essere inteso come movente dell'azione o meno. La risposta a tale quesito è stata fornita dalla Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto un'autonoma rilevanza all'odio, definendolo dunque non come movente ma come fine dell'azione, con la conseguenza che per poter ritenere sussistente l'aggravante in esame sono necessarie sia la rappresentazione sia la volizione di tale finalità[54].

3. Il bene giuridico tutelato

Dopo aver effettuato l'analisi dei reati di propaganda razzista, si passa all'esame del bene giuridico tutelato dagli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.

In via di principio si può affermare che lo stesso sia rappresentato dalla dignità umana, ma la particolare struttura del comma 3 ha dato luogo ad un ampio dibattito su tale tema[55].

Secondo una prima tesi[56], il bene giuridico tutelato sarebbe individuabile nell'ordine pubblico. Più precisamente, la diffusione/propaganda dei discorsi d'odio darebbe luogo ad «un concreto turbamento della coesistenza pacifica dei vari gruppi etnici nel contesto sociale al quale il messaggio era indirizzato»[57].

Tale approccio non suscita particolari problemi, soprattutto se si pensa che il codice penale tedesco, ad esempio, colloca il delitto di negazionismo tra i delitti contro l'ordine pubblico[58].

Però, ritenere che il bene giuridico tutelato dalla norma sia solo l'ordine pubblico porterebbe a incriminare l'affermazione negazionista indipendentemente dalle conseguenze lesive che potrebbe avere per il solo fatto di aderire ad un progetto di propaganda.

---

[54] V. Cass. pen. Sez. V, 17.11.2005, n. 44295, in *www.penale.it.*

[55] Cfr. D'AMICO, cit., 19.

[56] Così D'AMICO, cit., 19.

[57] Sul punto GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Riv. tel.*., 2017, 32, 25.

[58] V. CAPUTO, *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 311.

Dunque, per quanto il bene giuridico dell'ordine pubblico risulti difficile da definire, esso rimane ancora presente nell'impianto normativo dei delitti contro l'uguaglianza, connotandone la plurioffensività.

Un secondo orientamento[59], invece, ha individuato quale bene giuridico da tutelare la memoria storica, soluzione problematica in quanto la criminalizzazione del negazionismo si pone storicamente in contrasto con la libertà di espressione sancita dall'art. 21 Cost.

Oggi la dottrina maggioritaria riconosce come bene giuridico tutelato la pari dignità sociale[60].

La dignità è tutelata dalla Costituzione all'art. 3, co. 1 che stabilisce che «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»[61].

Trova riconoscimento anche nel capo I della carta di Nizza, che all'art. 1 stabilisce che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»[62].

Un richiamo alla stessa è contenuto anche nel protocollo n. 13 della CEDU, ove è definita come «valore inerente a tutti gli esseri umani»[63].

Autorevole dottrina ha avanzato una condivisbile definizione della dignità, descrivendola come «insieme delle condizioni necessarie a uno sviluppo della persona che le consenta di vivere un'esistenza piena»[64].

Parte della dottrina[65] ha poi aggiunto che «l'espressione negazionista cancella la dignità di coloro che, per effetto di tali dichiarazioni, vedono distrutta la propria dimensione identitaria. Il riferimento all'aspetto identitario e alla discriminazione riempie il concetto di dignità di contenuti giuridicamente significativi, che facilitano il suo ingresso nel bilanciamento con altri valori come la libera manifestazione del pensiero».

---

[59] Sul punto D'AMICO, cit., 20.
[60] In argomento D'AMICO, cit., 20.
[61] V. art. 3, co. 1 Cost.
[62] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, CONSIGLIO, COMMISSIONE EUROPEA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Nizza, 2000, art. 1.
[63] Così CONSIGLIO D'EUROPA, *protocollo n. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Strasburgo, art. 1.
[64] In argomento, D'AMICO, cit., 21.
[65] Così D'AMICO, cit., 21.

A questo punto però ci si chiede come si possa bilanciare il bene della dignità umana con il diritto alla libera manifestazione del pensiero.

Come evidenziato da parte della dottrina[66], è possibile effettuare due tipologie di bilanciamento.

Secondo un primo modello, *effect-based*, le singole opinioni sarebbero incriminabili solo se il giudice riuscisse a dimostrare il pericolo di un danno reale posto in essere in contesti più o meno delimitabili (pericolo concreto). Ad esempio, la giurisprudenza ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della normativa antirazzismo in quanto «diffondere tramite *Internet* idee fondate sull'odio razziale ed etnico e sulla discriminazione nei confronti degli ebrei sostanzia il reato di propaganda razziale *ex* art. 3 della l. n. 654/1975. La condotta ed i documenti incriminati non trovano giustificazione negli artt. 21 e 33 Cost. perché la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica sono libertà limitate dall'obbligo costituzionale di rispettare la eguaglianza e la pari dignità delle razze e delle etnie e cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione e alla violenza di tipo razzista»[67].

Un secondo modello di bilanciamento, *content-based*, si basa, invece, sulle conseguenze dannose derivanti dal discorso razzista, sulle modalità comunicative e i contenuti espressivi (pericolo astratto).

Il modello di bilanciamento basato sul pericolo concreto individua quale bene protetto dall'art. 604-*bis* c.p. la dignità umana, intesa non quale dignità astratta (uguaglianza formale) (art. 3, co. 1, Cost.) ma dignità orientata a obiettivi concreti di giustizia sociale, «volti alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana»[68] (uguaglianza sostanziale) (art. 3, co. 2, Cost.). In tale prospettiva, si incriminerebbero le manifestazioni di odio razziale non tanto poiché lesive dell'identità culturale di minoranze razziali e gruppi etnici quanto poiché le stesse possano trasformarsi in ostacoli concreti all'integrazione sociale dei

[66] Sul punto TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 99.

[67] V. Cass. pen., Sez. III, 7.05.2008, n. 37581, in *www.canestrinilex.com*.

[68] Cfr. art. 3, co. 2, Cost. «È 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».

gruppi minoritari nonché al loro godimento dei diritti fondamentali. In questo modo, il diritto penale contribuirebbe alla correzione di sistemi disfunzionali.

Tale modello però ha subito delle obiezioni.

Innanzitutto, in questo modo viene meno la nettezza dei contorni tra le fattispecie di istigazione e propaganda, che il legislatore ha invece voluto tenere distinte, con la conseguenza che la propaganda potrebbe diventerebbe un doppione dell'istigazione[69].

In secondo luogo, accanto ai casi chiaramente riconducibili alla fattispecie di reato in cui il pericolo viene dedotto dall'avvenuta realizzazione dell'evento temuto, ve ne sono altri in relazione ai quali emergono alcuni dubbi, inerenti al confine tra un'attività di propaganda innocua e quella non innocua[70]

In questa prospettiva, il pericolo concreto permetterebbe di distinguere le espressioni incriminabili dalla critica legittima in base ad una presunta morale comune.

A questo punto ci si chiede se non sia meglio ricorrere alla categoria del pericolo astratto.

In via generale, il ricorso a tale categoria si giustifica in due casi: o in ragione delle caratteristiche super-individuali dei beni protetti o quando, a causa del pericolo generato dalla condotta, si voglia anticipare la protezione dei beni finali.

Proprio in relazione alla categoria del pericolo astratto ed in particolare alle ipotesi in cui i giudici di merito debbano gestire il rapporto tra generalizzazioni presuntive e principio di uguaglianza, la Corte Costituzionale nei casi in cui il principio di ragionevolezza possa essere leso dal legislatore attraverso il riconoscimento della prevalenza ad uno dei due interessi in gioco, prevede il ricorso allo strumento della delega di bilanciamento[71] in concreto agli organi di applicazione[72].

---

[69] Così TESAURO, cit., 123.

[70] Sul punto TESAURO, cit., 124.

[71] «La regola del conflitto, di norma, è stabilita direttamente dalla Corte costituzionale. A volte questo compito è affidato agli organi dell'esecuzione amministrativa o a quelli della giurisdizione, a volte anche allo stesso legislatore; nei conflitti di attribuzione, direttamente alle parti della controversia. In questi casi si parla di bilanciamento differito o di delega di bilanciamento: il giudizio della Corte costituzionale si limita a stabilire solo un principio che astrattamente può essere utilizzato per risolvere il conflitto, perché in concreto viene affidato alla scelta discrezionale dell'organo delegato il compito di trarre da quel principio, in modo coerente, o una disciplina di dettaglio o la regola del caso: così MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, 2008, 2, 197 ss.

[72] Si riporta, a titolo esemplificativo, Corte Cost., 21.07.92, n. 388, in w*ww.giurcost.org.*

Dunque, la distinzione teorica tra bilanciamento definitorio di competenza della Corte costituzionale e quello *ad hoc* di competenza dei giudici di merito finisce pur sempre per lasciare l'ultima parola al caso concreto, dovendo i criteri di applicazione essere specificati e adattati alle circostanze di fatto, il che darebbe luogo a tensioni con i principi di tassatività e di uguaglianza, proprio perché l'intero processo di bilanciamento verrebbe affidato al solo giudice di merito.

Dunque, se le condotte non valutabili come pericolose in astratto possono trasformarsi in condotte valutabili come pericolose in concreto grazie all'intervento, diretto o indiretto, di giudizi di disapprovazione etico-sociale condivisi dall'interprete, ci si chiede se non sia meglio puntare sul secondo modello di bilanciamento tra dignità umana e libertà di espressione. In particolare, il secondo modello rispetto al primo presenterebbe il vantaggio di delegare al giudice, nella valutazione attinente alle espressioni lecite e a quelle incriminabili, l'onere di verificare che una determinata iniziativa politico-istituzionale o un'affermazione individuale a contenuto razzista si basi su un semplice pregiudizio o su classi di comportamenti verificabili in base a riscontri causali affidabili.

Però, anche in relazione a tale modello sono state avanzate delle critiche.

Innanzitutto, si è sostenuto che con esso la dignità tornerebbe a riappropriarsi del suo carattere di astrattezza, con la conseguenza che la norma assumerebbe tratti di somiglianza con la diffamazione di gruppo e, dunque, mentre la logica del pericolo concreto si avvicinerebbe maggiormente al concetto di razzismo, inteso come pratica-discriminatoria, quella del pericolo astratto sembrerebbe più compatibile con il razzismo-ideologia e con il razzismo-opinione. Perciò, quand'anche di fatto i pregiudizi fossero legati alla discriminazione, il criterio in esame già in premessa legittimerebbe il giudice a disinteressarsi degli effetti sociali che il discorso odioso potrebbe produrre e lo punirebbe in sé e per sé.

Una seconda obiezione, poi, ruota attorno alla considerazione per cui in quest'ambito di materia la ricostruzione dei fatti concreti da parte del giudice è strutturalmente connotata da una discrezionalità valutativa così elevata che nessuno dei criteri di bilanciamento tra quelli prospettati potrebbe operare nel concreto.

Tornando alla questione principale attinente al bene giuridico tutelato, è possibile concludere che i reati di odio sono qualificabili come reati plurioffensivi, essendo

almeno due i beni-interesse che devono essere tutelati: l'ordine pubblico, inteso come diritto alla tranquillità sociale, e la dignità umana, definita come «insieme delle condizioni necessarie a uno sviluppo della persona che le consenta di vivere un'esistenza piena»[73], anche se, come dimostrato dal caso di seguito esaminato, la giurisprudenza riconosce maggiore rilievo al secondo.

3.1 Il caso Tosi

L'art. 3, co. 1, lett. a), l. n. 654/1975[74] è stato applicato di recente in un caso che ha coinvolto il sindaco di Verona, Flavio Tosi (all'epoca dei fatti consigliere comunale), insieme ad altri cinque compagni di partito «per aver chiesto agli amministratori comunali di Verona lo sgombero immediato di tutti i campi nomadi abusivi e provvisori, oltre che di non realizzare nessun nuovo insediamento nel territorio comunale»[75]. In particolare, gli imputati avevano divulgato tale iniziativa attaccando manifesti nonché rilasciando dichiarazioni alla stampa volte ad allontanare la comunità Sinta dal territorio locale, invitando altresì i cittadini a partecipare alla petizione.

Il caso ha dato origine ad un lungo processo articolato in primo grado, giudizio di appello, sentenza di annullamento con contestuale rinvio da parte della Cassazione, nuova pronuncia del giudice di secondo grado e, infine, la conferma della relativa decisione in sede di giudizio di legittimità.

In primo grado, il Tribunale di Verona ha dapprima analizzato il reato, individuando i beni giuridici tutelati dalla norma e stabilendo i confini dell'elemento oggettivo e soggettivo. Dopodiché, ha accertato la sussistenza, nel caso concreto, dei relativi elementi costitutivi e, seguendo le argomentazioni del pubblico ministero volte ad includere in una unica fattispecie le condotte di diffusione ed incitamento, ha condannato gli imputati.

---

[73] Così CAPUTO, *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 309.

[74] Cfr. CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 133.

[75] V. RISPOLI, *I reati di discriminazione etnica e razziale e la loro concreta configurabilità*, in *Diritto e Giustizia*, Sez. Penale, 2008 (non c'è pagina).

L'importanza di tale pronuncia risiede soprattutto nel fatto che «attraverso l'individuazione dei beni giuridici tutelati, il Tribunale ha cercato di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, stabilendo il parametro costituzionale su cui fondare l'intervento legislativo»[76].

In particolare, secondo lo stesso, la l. n. 654/1975 avrebbe previsto una fattispecie plurioffensiva, pregiudizievole per l'ordine pubblico − inteso quale «buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»[77] − e per la dignità umana − definita come «piena consapevolezza di ogni essere umano di essere tale quale egli è»[78].

Quanto, poi, all'elemento oggettivo, il Tribunale ha evidenziato come, ai fini dell'integrazione del reato, non importi il modo o il mezzo attraverso cui viene diffusa l'espressione odiosa, richiedendosi soltanto che la stessa pervenga a conoscenza di qualcun altro.

Il giudice ha analizzato, poi, il concetto di "incitamento", affermando che «L'uso del verbo "incitare", pur diverso da quello solitamente usato in casi analoghi (istigare), esprime l'idea di "mettere in movimento" un pensiero che, altrimenti, non esisterebbe in quanto tale ovvero esisterebbe in maniera diversa»[79]. Ha specificato, poi, che ai fini dell'integrazione del reato, non rileva che l'incitazione sia stata accolta dal destinatario, essendo sufficiente la sua capacità di influire sul pensiero altrui.

Quanto all'elemento soggettivo, il Tribunale ha affermato che «La fattispecie che sanziona la discriminazione commessa per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, siccome delineata dall'art. 3, co. 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dall'art. 1 del d. l. 26 aprile 1993, n. 122, configura un delitto a dolo specifico: l'agente opera con coscienza e volontà di offendere la dignità della vittima in considerazione di fattori razziali, etnici, nazionali o religiosi»[80].

La Corte di Appello si è pronunciata sul bene giuridico tutelato, definendolo con più precisione, e ha riconosciuto valore autonomo alle condotte di propaganda di idee razziste e istigazione alla commissione di atti discriminatori, confermando la

[76] Sul punto CARUSO, cit., 135.
[77] V. Trib. di Verona, 24.02.2005, n. 2203, in *www-old.asgi.it.*
[78] Così Trib. di Verona, 24.02.2005, n. 2203, in *www-old.asgi.it.*
[79] Cfr. Trib. di Verona, 24.02.2005, n. 2203, in *www-old.asgi.it.*
[80] Così Trib. di Verona, 24.02.2005, n. 2203, in *www-old.asgi.it.*

condanna dei coimputati solo in relazione alla prima condotta e assolvendoli, invece, dall'azione istigatoria.

Quanto al bene giuridico tutelato, secondo la Corte, lo stesso non sarebbe ravvisabile nell'ordine pubblico, bensì nella dignità dell'individuo, desunta dall'art. 3 Cost., che, proprio in ragione della sua importanza, giustifica la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

In particolare, i giudici hanno escluso l'applicabilità di quest'ultima perché le condotte realizzate dagli imputati non costituiscono semplici manifestazioni di opinioni ma integrano l'attività di propaganda, la quale non ha un mero fine di conoscenza ma, come l'istigazione, è volta ad innescare altrui decisioni e comportamenti.

Sulla base di tali considerazioni, per poter delineare una responsabilità penale, la Corte ha distinto le condotte di affissione dei manifesti e le dichiarazioni alla stampa poste in essere dagli imputati, rientranti nell'art. 3, co. 1, lett. a), l. n. 654/1975 e dunque punibili, dalla petizione rivolta agli amministratori, ritenuta di per sé non illecita: «Esiste invero un ben preciso profilo di non coincidenza e di reciproca autonomia - naturalisticamente indiscutibile e giuridicamente non irrilevante - tra slogan e tenore della petizione e va negato che il significato di tali slogan si esaurisca addirittura, o sia comunque assorbito, in quello della petizione perché si tratta di fatti diversi, per quanto collegati. Affermare il contrario equivarrebbe a sostenere che in un'iniziativa di natura politica si possa commettere un fatto di per sé costituente reato solo perché finalizzato ad uno scopo, più generale, lecito»[81].

Di conseguenza, il Collegio ha assolto i coimputati dal reato di istigazione a commettere atti di discriminazione.

Il giudizio è giunto, in seguito, davanti alla Corte di cassazione[82].

Essa ha individuato, quale bene protetto dalla fattispecie, la dignità umana, richiamando la nozione di discriminazione recepita dall'art. 2 del d. lgs. n. 215/2003, che contiene un'espressa menzione alla dignità della persona[83]. Tuttavia,

[81] Cfr. Corte App. di Venezia 2.4.2007, in *www.dejure.it*.

[82] Così Cass. pen., Sez. III, 28.03.2008, n. 13234, in *www.dirittoegiustizia.it.*

[83] V. d. lgs. n. 215/2003 art. 2: «1. Ai fini del presente decreto, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite:

facendo esplicito riferimento a disposizioni contenute in un decreto legislativo piuttosto che a quelle contenute nella Costituzione, ha fatto venire meno l'omogeneità gerarchica dei beni in conflitto, presupposto fondamentale ai fini di un corretto bilanciamento.

Dopo aver stabilito quale fosse il bene giuridico tutelato, la Corte ha verificato la logicità della motivazione dei giudici di appello. In particolare, secondo la stessa, «la propaganda non aveva uno scopo più ampio di quello diretto a sostenere la petizione, ma al contrario il suo unico scopo era proprio quello di propagandare la petizione, come risulta dallo stesso capo d'imputazione dianzi riportato, dalla cui formulazione non si può prescindere, nonché dal fatto che il manifesto conteneva l'invito a firmare e l'indicazione dei luoghi della città dove erano stati sistemati i banchetti per la raccolta delle firme […]. Di conseguenza non si poteva separare il contenuto di esso da quello della petizione per ritenere illecito il primo e lecito il secondo ossia l'idea propagandata contenuta nella petizione […]. In definitiva la corte (d'Appello) ha scisso un'azione considerata unitaria nella contestazione per considerare lecita la petizione ed illecito il contenuto dei manifesti, i quali però erano stati affissi per sostenere proprio la petizione ritenuta lecita dalla corte. Tale scissione richiedeva una motivazione più puntuale soprattutto sulla persistenza del dolo discriminatorio nonostante la ritenuta liceità della petizione, motivazione che invece è lacunosa»[84].

Pertanto, i giudici di legittimità hanno annullato la sentenza di merito e rinviato la questione ai giudici di appello affinché controllassero nuovamente la sussistenza degli elementi di fatto e redigessero adeguate motivazioni.

---

a) discriminazione diretta quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga;
b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.
2. E' fatto salvo il disposto dell'articolo 43, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, di seguito denominato: "testo unico".
3. Sono, altresì, considerate come discriminazioni, ai sensi del comma 1, anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, (umiliante od offensivo).
4. L'ordine di discriminare persone a causa della razza o dell'origine etnica è considerato una discriminazione ai sensi del comma 1».

[84] V. Cass. pen., Sez. III, 28.03.2008, n. 13234, in *www.dirittoegiustizia.it.*

La Corte d'appello, a seguito del rinvio, ha ricostruito il fatto, e confermato la condanna per la condotta di propaganda. In particolare, i giudici hanno qualificato la diffusione di idee razziste quale azione materiale che, in quanto tale, si pone al di fuori delle condotte tutelate dalla norma costituzionale, il che ha permesso di classificare la fattispecie come reato di pericolo astratto. Infatti, secondo i giudici, gli imputati hanno diffuso idee che, se realizzate, avrebbero violato numerosi diritti fondamentali delle persone appartenenti alle comunità zingare, quali il loro diritto alla residenza sul territorio nazionale, la possibilità per i bambini di accedere alla scuola, e quindi il loro diritto all'istruzione; il diritto di muoversi sul territorio dello Stato, e quindi la loro libertà di circolazione.

Infine, la pena stabilita (due mesi di reclusione per ciascuno degli imputati) è stata confermata in sede di giudizio di legittimità. In particolare, la Corte di cassazione ha riconosciuto, come già fatto dai giudici di appello, la compatibilità da un punto di vista logico tra l'assoluzione dall'imputazione di incitamento e la condanna per il reato di propaganda[85].

In sintesi, in un primo momento, per prevenire il conflitto tra la norma penale e l'art. 21 Cost. i giudici hanno strutturato la fattispecie in modo tale da collocare la disposizione legislativa in uno spazio costituzionale neutro, suscettibile di essere ristretto discrezionalmente dal legislatore ordinario. In seguito, hanno individuato il bene giuridico tutelato dalla norma penale. Infine, hanno posto in essere un giudizio di bilanciamento in senso stretto che è terminato con l'applicazione della norma penale al caso concreto.

Parte della dottrina[86] ha avanzato alcune perplessità.

Innanzitutto, l'ampia formulazione letterale dell'art. 21 non è sufficiente a sostenere l'esclusione della propaganda dalla garanzia costituzionale della libertà di espressione, in quanto quest'ultima «non è altro che libertà di "persuasione", e in

[85] Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 10.07.2009, n. 2129, in *www.cestim.it*: «[…] Sulla base di dette argomentazioni, le tesi difensive […] sono state motivatamente ritenute inidonee a scalfire il convincimento, quale espresso dalla Corte distrettuale, secondo cui la stessa petizione ed i manifesti, nei quali non si faceva alcun riferimento ai Sinti o giostrai, ma si parlava solo di zingari, facevano parte di un complesso più ampio di iniziative la cui finalità era la propaganda di idee politiche discriminatorie, messaggio così percepito dai cittadini veronesi».

[86] Sul punto CARUSO, cit., 142.

quanto tale non può essere discriminata in ragione dei fini per cui essa è esercitata»[87].

Dunque, la previsione *ex ante* di un limite intrinseco alla libertà di manifestazione del pensiero, in grado di distinguere cosa rientra nella libertà costituzionale e cosa no, sembra restringere ingiustificatamente la lettera della disposizione costituzionale. Infatti mentre l'istigazione è volta a indurre il destinatario a commettere azioni illecite, la propaganda coincide con il fine ordinario della manifestazione del pensiero, ossia persuadere i destinatari della comunicazione della bontà delle idee espresse.

Però, i giudici hanno motivato la propria decisione non solo sulla base della delimitazione della manifestazione del pensiero "pura" − stabilendo così il *discrimen* tra la manifestazione protetta dalla Costituzione e quella punibile a discrezione del legislatore penale − ma anche attraverso l'individuazione del bene tutelato. In particolare, gli stessi hanno bilanciato la libertà di espressione con la dignità umana, «intesa o come meta-principio diretto alla funzionalizzazione dell'ordinamento, o come principio costituzionale di non discriminazione desumibile dall'art. 3, co. 1 o, ancora, quale diritto inviolabile che troverebbe ingresso attraverso la fattispecie aperta dell'art. 2 Cost.»[88].

Però, qualificare la dignità umana come principio o condizione *a priori* dell'ordinamento costituzionale non solo renderebbe legittima qualsiasi restrizione delle libertà tutelate dalla Costituzione, al punto da impedire qualsiasi operazione di bilanciamento, ma fisserebbe anche in una determinata organizzazione gerarchica i principi costituzionali. In questo modo, il principio della dignità muterebbe il peso degli interessi in conflitto e comporterebbe la perdita del significato che il principio acquista nei singoli enunciati costituzionali[89].

Di conseguenza, è stata considerata la possibilità di ritenere la fattispecie legislativa quale attuazione del richiamo compiuto dall'art. 3, co. 1, Cost alla pari dignità sociale dei cittadini davanti alla legge. Però, tra le norme espresse dall'art. 3, co. 1,

[87] In argomento CARUSO, cit., 142.
[88] Così CARUSO, cit., 143.
[89] Si pensi all'art. 3 Cost., che riconosce "pari dignità sociale" a tutti i cittadini, nonché all'art. 41, co. 2, Cost., che prevede esplicitamente quale limite alla liberta iniziativa economica la dignità umana.

deve essere preso in considerazione anche il divieto di discriminazione in ragione delle opinioni politiche, che sembra avere un ambito applicativo più limitato rispetto alla prima parte della disposizione. Perciò, quand'anche si volesse ritenere che la pari dignità sociale costituisca la base costituzionale delle norme penali che tutelano l'onore, il principio sarebbe derogato dalla norma antidiscriminatoria: cioè «a parità di ambito materiale di applicazione, la specificità di quest'ultimo precetto dovrebbe determinare l'incostituzionalità delle norme penali che, come nel caso in questione, siano volte a punire gli individui per il particolare contenuto politico delle opinioni espresse»[90].

Un discorso simile può essere fatto in relazione alla pretesa esistenza nell'ordinamento di un diritto fondamentale alla dignità, previsto dall'art. 2 Cost., che spetterebbe sia a singoli individui che a gruppi di individui determinati o comunque determinabili, in quanto potenziali vittime del reato. Tuttavia, quand'anche si riconoscesse la capacità della dignità sociale di esprimere le proprietà giuridiche tipiche del diritto soggettivo (oggetto, contenuto, facoltà, pretesa), non è pacifico che si possa ricorrere ad esso per giustificare una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Ad ogni modo, la lettura della Carta costituzionale volta ad individuare possibili fondamenti costituzionali a limitazioni legislative alla libertà di manifestazione del pensiero rischia di legittimare qualsiasi intervento legislativo, anche estraneo alle ipotesi previste dalla legge. Un modo per prevenire tale rischio potrebbe essere il seguente: innanzitutto analizzare il testo e la struttura della disposizione costituzionale disciplinante la libertà costituzionale, dopodiché esaminare la fattispecie legislativa così come applicata alla realtà fattuale e infine verificare la sussistenza di un eventuale contrasto tra interesse costituzionale sotteso alla libertà di manifestazione del pensiero e intervento limitativo così come applicato al caso di specie[91].

Questo processo interpretativo consentirebbe di formulare regole che permettano all'interprete di dare un senso all'art. 21 Cost., e di essere guidato nella soluzione dei casi concreti.

---

[90] Sul punto CARUSO, cit., 143.
[91] V. CARUSO, cit., 146.

Ciò, tuttavia, non escluderebbe il rischio che le categorie giuridiche volte a specificare la libertà costituzionale individuate dai giudici siano rideterminabili alla luce delle oscillazioni del caso concreto. Pertanto, sarebbe auspicabile un intervento della Corte costituzionale, in quanto conferirebbe alla regola definitoria una maggior efficacia normativa nonché delegherebbe in ogni caso al giudice ordinario, più vicino alla dinamica del caso, il compito di verificare la sussumibilità del fatto nell'ipotesi di diritto.

Infine, la riformulazione della disposizione legislativa permetterebbe di rideterminare il bene giuridico tutelato dalla fattispecie: non più la dignità umana, ritenuta astratta ed eccessivamente pervasiva, ma l'ordine pubblico, inteso in senso oggettivo, più facilmente verificabile in via empirica.

4. La libertà di manifestazione del pensiero

La libertà di manifestazione del pensiero costituisce uno dei diritti più importanti del nostro ordinamento[92].

La Corte costituzionale ha riconosciuto la sua centralità in numerose pronunce, affermando che «il diritto previsto dall'art. 21 Cost. è il più alto, forse, dei diritti primari e fondamentali sanciti dalla Costituzione»[93], nonché «cardine di democrazia nell'ordinamento generale»[94].

[92] Sul punto NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2015, 2.
[93] V. Corte Cost., 8.07.1971, n. 168, in *www.giurcost.org*.
[94] Così Corte Cost., 2.05.1985, n. 126, in *www.giurcost.org*.

La norma di riferimento è costituita dall'art. 21 Cost.[95], la cui lettera pone una serie di interrogativi che di seguito verranno esaminati[96].

Il primo è il seguente: se è vero che la nostra Carta costituzionale garantisce la libertà di manifestazione del pensiero a "tutti", occorre chiedersi a cosa si faccia esattamente riferimento.

In via generale tale diritto dovrebbe essere riconosciuto a tutti i cittadini, senza distinzioni.

Si pensi, ad esempio, agli individui extracomunitari. Da un punto di vista formale, già la lettera dell'art. 21 Cost. sarebbe sufficiente a sostenere l'inammissibilità di una loro esclusione dal godimento di tale diritto, dal momento che la Costituzione riconosce lo stesso a tutti. Inoltre, l'art. 10 Cost. dispone che «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge […]»[97]. Perciò, rispetto a quest'ultimo, la norma costituzionale avrebbe, al massimo, valore di legge ordinaria o di proclamazione derogabile con legge, soluzione evidentemente incompatibile con il fondamento di tale libertà nel nostro ordinamento[98].

La Corte costituzionale[99], in occasione del dibattito sulla legittimità dell'art. 45 della l. n. 69/1963, relativa all'ordinamento della professione giornalistica, che permetteva agli stranieri di iscriversi all'Albo dei giornalisti solo a condizione di reciprocità, lo dichiarò illegittimo, limitatamente allo straniero che nel proprio paese non godesse delle libertà democratiche tutelate dalla Costituzione italiana[100].

---

[95]Cfr. art. 21 Cost.: «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.
Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.
In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denunzia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.
La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.
Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

[96] Così LUCIANI, cit., 9.

[97] V. art. 10 Cost.

[98] In argomento, ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, 2, 34.

[99] Sul punto Corte Cost., 23.03.1968, n. 11, in *www.cortecostituzionale.it.*

[100] Cfr. LUCIANI, cit., 10.

Più precisamente, essa ha evidenziato come di per sé il presupposto del trattamento di reciprocità per l'accesso alla professione giornalistica sia legittimo, dovendo considerarsi ragionevole l'ammissione dello straniero ad un'attività lavorativa purché una pari opportunità venga riconosciuta, nello Stato cui esso appartiene, al cittadino italiano.

Tuttavia, tale sentenza è risultata poco persuasiva, essendo stato l'ordinamento italiano sempre sensibile nei confronti dei diritti degli stranieri[101].

Un regime particolare è poi previsto per coloro che, in base al ruolo rivestito, godono di una maggiore o minore libertà nell'esprimere il proprio pensiero.

Un trattamento di favore è, ad esempio, garantito ai parlamentari e a quei soggetti a loro equiparati, almeno in parte (si pensi ai consiglieri regionali e delle province autonome, ai giudici costituzionali, ai membri del Consiglio Superiore della Magistratura, ecc.).

In particolare, l'art. 68, co. 1, Cost. prevede che «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni»[102]. Un principio analogo è espresso: dall'art. 122, co. 4, Cost. in relazione ai consiglieri regionali («I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni»[103]), dall'art. 32-*bis* l. n. 195/1958 relativamente ai componenti del Consiglio superiore della magistratura («I componenti del Consiglio superiore non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione[104]»), nonché dall'art. 3, co. 2, l. n. 1/1948, in base al quale «Finché durano in carica, i giudici della Corte costituzionale godono della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 Cost. ai membri delle due Camere […]»[105].

[101] Già il codice civile del 1865 all'art. 3 ("Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini") riconosceva agli stranieri i diritti civili a prescindere dal principio di reciprocità, cioè indipendentemente dal fatto che gli stessi diritti venissero o meno riconosciuti ai cittadini italiani dall'ordinamento di appartenenza dello straniero interessato.
[102] V. art. 68, co. 1, Cost.
[103] Cfr. art. 122, co. 4, Cost.
[104] Così art. 32-bis, l. n. 195/1958.
[105] V. art. 3, co. 2, l. n. 1/1948.

Un trattamento più sfavorevole, invece, è previsto per altre categorie di soggetti, come, ad esempio, chi è tenuto all'osservanza del segreto professionale (si pensi ai medici o agli avvocati), i militari, i detenuti.

Quanto ai magistrati, in origine, l'art. 18 del R.D. 31 maggio 1946, n. 511, prevedeva una sanzione disciplinare per il magistrato che «avesse tenuto, in ufficio o fuori, condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario»[106].

La Corte costituzionale, con sent. n. 100/1981, si è pronunciata sulla norma, sostenendo che «i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale»[107]. Di conseguenza, ad avviso della Corte, è possibile «affermare la piena compatibilità tra libera manifestazione del pensiero e tutela della dignità del singolo magistrato e dell'intero ordine giudiziario; l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l'esercizio anomalo e cioè l'abuso, che viene ad esistenza ove risultino lesi gli altri valori sopra menzionati»[108].

A seguito di tale pronuncia, la disposizione originaria venne modificata, stabilendo che i magistrati non potessero comportarsi (quand'anche la condotta fosse legittima) in modo tale da pregiudicare la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria. Tuttavia, tale disposizione (art. 1, co. 2, d. lgs. n. 109/2006) è venuta meno perché abrogata dall'art. 1, co. 3, lett. a), l. n. 269/2006.

Però, la questione relativa alla libertà di espressione dei magistrati non è stata risolta del tutto, dal momento che l'art. 3, co. 1, lett. h), d. lgs. n. 109/2006 qualifica come illecito disciplinare «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato»[109]. Di conseguenza, la

[106] Cfr. art. 18 del R.D. n. 511/1946.
[107] V. Corte Cost., 08.06.1981, n. 100, in *www.cortecostituzionale.it.*
[108] Sul punto Corte Cost., 08.06.1981, n. 100, in *www.cortecostituzionale.it.*
[109] Così art. 3, co. 1, lett. h), d. lgs. n. 109/2006.

semplice manifestazione di opinioni politiche da parte del magistrato non costituisce illecito disciplinare né ha conseguenze negative sul processo cui egli partecipi. Però, come dimostra il divieto di iscrizione ai partiti politici, sarebbe preferibile che egli si comporti in modo cauto, così da garantire la sua imparzialità.
Un'ultima categoria da prendere in considerazione è quella dei giornalisti[110]. Più precisamente, in relazione a tali soggetti, emerge la questione relativa al bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* di diritto di cronaca, e il diritto all'onore e alla reputazione. Sinteticamente, nel caso in cui ricorrano determinate condizioni, si applica a favore del giornalista l'esimente di cui all'art. 51 c.p.[111], con la conseguente esclusione del divieto di provare la verità del fatto, ancorché diffamatorio. Esse sono: la verità della notizia (è sufficiente anche la verità c.d. "putativa", purché il giornalista dimostri di avere verificato effettivamente le fonti di informazione), la continenza (l'utilizzo, nell'esposizione della stessa, di modalità espressive di per sé non offensive) e la pertinenza, ossia l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia (l'utilità sociale).
Il secondo problema attiene all'espressione "il proprio pensiero". In relazione allo stesso, si discute sulla possibilità di manifestare qualcosa di proprio, che però non è "pensiero".
Per rispondere a questa domanda è utile richiamare la giurisprudenza costituzionale sull'insindacabilità dei voti e delle opinioni dei parlamentari. La Corte costituzionale, con sent. n. 59 del 2018, ha circoscritto il concetto di "opinione", riconoscendo come la prerogativa parlamentare di cui all'art. 68, co. 1, Cost. tuteli tutte le manifestazioni di "pensiero", ma non può essere «estesa sino a ricomprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le "battaglie" condotte da esponenti parlamentari»[112].

---

[110] In argomento NICASTRO, cit., 14.
[111] V. art. 51 c.p.: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.
Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.
Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.
Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».
[112] Così Corte Cost., 23.03.2018, n. 59 in *www.cortecostituzionale.it.*

La questione è particolarmente rilevante poiché, quando il diritto di cronaca è esercitato professionalmente o comunque non occasionalmente, trovano applicazione varie norme di rilevanza pubblicistica, a partire da quelle che regolano l'iscrizione in un apposito Albo. Ai sensi dell'art. 1 della l. n. 69/1963: «È istituito l'Ordine dei giornalisti.

Ad esso appartengono i giornalisti professionisti e i pubblicisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'albo. Sono professionisti coloro che esercitano in modo esclusivo e continuativo la professione di giornalista. Sono pubblicisti coloro che svolgono attività giornalistica non occasionale e retribuita anche se esercitano altre professioni o impieghi.

Le funzioni relative alla tenuta dell'albo, e quelle relative alla disciplina degli iscritti, sono esercitate, per ciascuna regione o gruppo di regioni da determinarsi nel Regolamento, da un Consiglio dell'Ordine, secondo le norme della presente legge. Tanto gli ordini regionali e interregionali, quanto l'ordine nazionale, ciascuno nei limiti della propria competenza, sono persone giuridiche di diritto pubblico».

Si consideri, poi, che i commi successivi all'art. 21 Cost. stabiliscono che[113]:

«2. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

3. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva come responsabili.

4. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denunzia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

5. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica».

Dalla lettura di tali commi, emerge innanzitutto una questione: cosa si deve intendere con "stampa"?[114]

[113] Il comma 6 dell'articolo in questione sarà analizzato nel prosieguo.

[114] In argomento LUCIANI, cit., 22.

L’art. 1 della l. n. 47/1948, rubricato come “Definizione di stampa o stampato” stabilisce che «Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione»[115].

Tuttavia, la formulazione di tale disposizione ha fatto emergere un ulteriore dubbio, attinente al se per “stampati” dovessero considerarsi solo «le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione», e dunque se solo gli stessi godessero della garanzia prevista dall’art. 21 Cost.

Sebbene in un primo momento fosse stata data risposta positiva, successivamente la giurisprudenza ha concluso nel senso di ricomprendere nella garanzia costituzionale anche gli articoli giornalistici pubblicati sul web: «Osserva il collegio che l'art. 1 della l. n. 47/1948 si limita a definire esplicitamente il concetto di stampa nella sua accezione tecnica di riproduzione tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici. Il termine “stampa”, però, ha anche un significato figurato e, in tal senso, indica i giornali, che sono strumento elettivo dell'informazione e lo erano soprattutto all'epoca in cui entrarono in vigore la carta fondamentale e la richiamata legge n. 47 del 1948, quando cioè gli altri *mass media*, in particolare la televisione e i siti di informazione *on line* non erano operativi. Questo concetto di stampa in senso figurato definisce il prodotto editoriale che presenta i requisiti ontologico (struttura) e teleologico (scopi della pubblicazione) propri di un giornale. La struttura di questo è costituita dalla “testata”, che è l’elemento che lo identifica, e dalla periodicità regolare delle pubblicazioni (quotidiano, settimanale, mensile); la finalità si concretizza nella raccolta, nel commento e nell'analisi critica di notizie legate all'attualità (cronaca, economia, costume, politica) e dirette al pubblico, perché ne abbia conoscenza e ne assuma consapevolezza nella libera formazione della propria opinione. A ben vedere, il concetto di stampa così rilevato, anche se non esplicitato, non è estraneo alla legge n 47 del 1948 che all'art. 1, al di là della definizione in senso tecnico enunciata, evoca il requisito della destinazione alla pubblicazione (quindi alla diffusione dell'informazione) e, agli artt. 2 ss., detta la disciplina dei giornali e periodici di

[115] V. art. 1 della l n. 47/1948.

ogni altro genere, con riferimento alle indicazioni obbligatorie che in essi devono comparire, ai requisiti richiesti per rivestire il ruolo di direttore responsabile, all'obbligo di registrazione, all'obbligo di rettifica»[116].

È interessante, inoltre, analizzare il terzo comma relativo alla misura cautelare del sequestro[117].

Sinteticamente, come evidenziato dalla Corte di cassazione[118], i casi in cui è ammesso il sequestro preventivo sono i seguenti: violazione delle norme sulla registrazione delle pubblicazioni periodiche e sull'indicazione dei responsabili; stampati osceni o offensivi della pubblica decenza ovvero divulganti mezzi atti a procurare l'aborto; stampa periodica che faccia apologia del fascismo; violazione delle norme a protezione del diritto d'autore.

Considerando che la diffusione della stampa potrebbe essere compromessa da provvedimenti basati su una cognizione sommaria che potrebbero risultare arbitrari in sede di accertamento definitivo, il conflitto tra l'interesse al sequestro e l'interesse alla circolazione della stampa è risolto dalla Costituzione a favore del primo nel caso di delitti, e del secondo interesse in ogni altra ipotesi.

A tal proposito, tra le altre, la sent. n. 60 del 1976 della Corte costituzionale ha ritenuto compatibile con l'art. 21 Cost. l'art. 161 della l. n. 633/1941, che stabilisce al primo comma che «Agli effetti dell'esercizio delle azioni previste negli articoli precedenti, nonché della salvaguardia delle prove relative alla contraffazione, possono essere ordinati dall'Autorità giudiziaria la descrizione, l'accertamento, la perizia od il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione; può inoltre farsi ricorso ai procedimenti d'istruzione preventiva»[119].

Secondo la Corte, «Il significato e la portata dell'art. 21, co. 3, Cost. sono stati chiaramente indicati da questa Corte nella sentenza n. 4 del 1972, escludendosi che con la dizione "legge sulla stampa" il legislatore costituzionale abbia voluto dar vita ad un tipo speciale di riserva di legge, risultando anzi dagli stessi lavori preparatori la piena equivalenza fra la dizione "legge" e quella di "legge sulla stampa". Ed invero, obbiettivamente considerata, la formula dell'art. 21 non è così univoca da

[116] Così Cass. pen., Sez. Un., 17.07.2015, n. 31022, in *www.giurisprudenzapenale.com.*
[117] Sul punto NICASTRO, cit., 17.
[118] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 17.07.2015, n. 31022, in *www.giurisprudenzapenale.com.*
[119] V. art 161, co. 1, l. n. 633/1941 sul diritto d'autore.

potersene argomentare la volontà di introdurre una riserva qualificata di legge, potendo invece venire interpretata come indicativa del complesso delle norme riguardanti la materia, anche all'infuori della loro riunione formale in unica sede. Non sussiste pertanto nessuna esclusione costituzionale per l'applicabilità delle misure di interdizione e di sequestro previste negli artt. 156 e 161 della legge n. 633 del 1941, ove ricorrano entrambi i presupposti costituzionali previsti per il sequestro di stampati o per altre misure cautelari analoghe e cioè l'espressa previsione di legge e la qualificazione dell'ipotesi come delittuosa»[120].

Procedendo con l'analisi dell'art. 21 Cost, lo stesso menziona al primo comma la parola e lo scritto solo in via esemplificativa, ma riconosce indubbiamente che qualunque mezzo possa essere idoneo a manifestare un'opinione. A tal proposito, bisogna ricordare come nel momento in cui venne redatta la Costituzione ancora non esistessero i nuovi mezzi di comunicazione di cui oggi la collettività usufruisce, per cui i Costituenti tennero conto all'epoca solo della stampa, il più tradizionale di questi. Tuttavia, l'ampiezza della formula finale del primo comma permette di estendere le garanzie costituzionali a qualsiasi strumento di manifestazione del pensiero, così coprendo qualsiasi eventuale innovazione tecnologica.

Infine, ultima questione rilevante riguarda il c.d. diritto di non manifestare il proprio pensiero.

Il diritto di manifestare il proprio pensiero presuppone anche il suo risvolto negativo, non potendosi obbligare nessuno ad esprimere le sue opinioni, né punirlo per non averlo fatto. È bene specificare che questa garanzia si riferisce alla manifestazione del pensiero, non dei fatti, con la conseguenza che essa non comprende, ad esempio, il trattamento che l'ordinamento pratica ai testimoni[121].

La Costituzione non distingue fra i vari ambiti in cui il pensiero può essere manifestato, escludendosi che possano esistere "materie privilegiate", nelle quali la libertà di espressione goda di garanzie superiori, ma ci si chiede se si debba comunque applicare lo stesso trattamento per qualunque oggetto della manifestazione del pensiero. In particolare, la questione è emersa in relazione alla

[120] Cfr. Corte Cost., 25.03.1976, n. 60, in *www.cortecostituzionale.it.*

[121] V. art. 198, co. 1, c.p.: « Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte».

pubblicità commerciale, la quale ha fatto sorgere il dubbio se essa possa incontrare limiti specifici, diversi da quelli generali.

In un primo momento, la Corte costituzionale[122] ha sostenuto che la pubblicità commerciale non gode delle garanzie previste in relazione alla libera manifestazione del pensiero, coprendo le stesse solo la stampa di cultura, di opinione, d'informazione. In questo modo però, se si ritenesse meritevole di protezione costituzionale solo la "stampa di cultura, di opinione, d'informazione", l'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost. verrebbe ristretto eccessivamente senza che la lettera dell'articolo in questione lo preveda in modo espresso.

Dunque, sarebbe preferibile l'indirizzo seguito dalla sent. n. 231 del 1985, in base alla quale la pubblicità commerciale non rientrerebbe nell'ambito di applicazione di cui all'art. 21, ma costituirebbe "una componente dell'attività delle imprese", e dunque sarebbe assoggettata alla disciplina dell'art. 41 Cost. («Al contrario, la netta distinzione tra le manifestazioni del pensiero delle quali, nei limiti ivi previsti, viene affermata la libertà da un lato, e la pubblicità commerciale, della quale viene sottolineata la natura di "fonte di finanziamento" degli organi di informazione, dall'altro, sta ad indicare in modo inequivoco che quest'ultima è considerata una componente dell'attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al secondo e terzo comma»[123].)

Sulla questione è intervenuta anche la dottrina, che ha avanzato diverse tesi. Secondo alcuni[124] sarebbe corretta l'impostazione da ultimo richiamata, con la conseguenza che alla pubblicità commerciale si applicherebbe l'art. 41 e non l'art. 21 Cost. Altri[125], invece, hanno sostenuto l'idea per la quale la pubblicità commerciale sarebbe una forma di espressione come tutte le altre, coperta dalle medesime garanzie. Altri ancora[126] hanno ritenuto che si trattasse di manifestazione del pensiero, ma che comunque ad essa dovesse applicarsi oltre all'art. 21, l'art. 41 Cost. Per finire, secondo altri ancora, alle pubblicazioni pubblicitarie si

[122] Cfr. Corte Cost., 12.07.1965, n. 68, in *www.giurcost.org.*
[123] V. Corte Cost. 14.10.1985, n. 231, in *www.cortecostituzionale.it.*
[124] Così LUCIANI, cit., 13.
[125] Sul punto LUCIANI, cit., 13.
[126] In argomento LUCIANI, cit., 23.

applicherebbero le garanzie della stampa (in particolare quella che proibisce le autorizzazioni e le censure) ma non quelle della manifestazione del pensiero[127].

4.1 Il buon costume

Ai sensi dell'art. 21, co. 6, Cost. « Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni»[128].
Anche in relazione a tale comma emergono alcune problematiche[129].
Innanzitutto, esso ricorre in via speculare alla medesima tecnica utilizzata dal primo comma, nominando la "stampa" e gli "spettacoli" in via esemplificativa, e aggiungendo poi una formula ampia ("tutte le altre manifestazioni") in modo tale da non tralasciare alcun tipo di espressione. Anzi, rispetto al primo comma, qui la lettera della norma ha un ambito di estensione ancora maggiore poiché si utilizza l'espressione "manifestazioni" e non "manifestazioni del pensiero", e ciò per evitare che emergano dubbi sulla qualificazione come "pensiero" delle manifestazioni di tipo artistico (si pensi alla musica, al balletto, ecc.)
Altre perplessità sono sorte in relazione alla nozione stessa di "buon costume". L'origine di tale espressione è rinvenibile nei *boni mores* del diritto romano, diritto in base al quale erano vietati gli atti di autonomia privata contrari ai *boni mores*, nonché i negozi contrari al diritto inderogabile.
Però, se si rimane ancorati all'accezione storica che si è consolidata in diritto privato, il buon costume finisce per costituire un limite eccessivamente ampio dei diritti costituzionali, sia perché l'ambito che esso copre è particolarmente vasto, includendo qualunque convincimento etico e coincidendo con la morale comune, sia perché tale locuzione è talmente vaga da lasciare troppo spazio all'interprete, il che risulta in contrasto con una garanzia efficace dei diritti costituzionali.
È vero che gli ordinamenti giuridici hanno bisogno di ricorrere anche a concetti indeterminati, che operano come "valvole" del diritto e che in quanto tali permettono il suo adeguamento all'evolversi della realtà sociale. Però, non si può

[127] Cfr. LUCIANI, cit., 23.
[128] V. art. 21, co. 6, Cost.
[129] Sul punto LUCIANI, cit., 14.

non tenere conto dell'importanza dei diritti costituzionali, in quanto un'eccessiva ampiezza del concetto di buon costume può dar luogo ad una seria lesione di essi. Di conseguenza, dagli anni '70 in poi, la giurisprudenza ha modificato tale nozione. Il risultato è stato quello di delimitare il campo del "buon costume" circoscrivendolo alla sfera del pudore sessuale e collegandosi alle norme del codice penale che regolano questo specifico campo (si pensi, ad esempio, all'art. 529, co. 1, c.p., che considera "osceni" gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore").

La formula ora presente in Costituzione era stata pensata sin dall'origine come un mezzo per non ricadere negli eccessi repressivi del fascismo, che voleva proteggere la morale nazionale, punendo ogni forma di dissenso, ed in particolare impedire lo sconvolgimento delle coscienze, soprattutto dei più giovani.

Quanto alla Corte costituzionale, con la sent. n. 9 del 1965, la stessa affermò che «Il buon costume non può essere fatto coincidere [...] con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine "morale media" di un popolo, "etica comune" di un gruppo e altre analoghe. La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo»[130]. La Corte, aggiungeva, poi, che «il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti»[131]. Dunque, secondo questa visione, il pudore sessuale è un elemento significativo del buon costume, ma non lo esaurisce.

La sent. n. 368 del 1992 della Corte costituzionale, invece, affermò che «rientrando tra i concetti "non suscettibili di una categorica definizione", il "buon costume" è dotato di una relatività storica, dovuta al fatto che "varia notevolmente, secondo

[130] Così Corte Cost., 27.12.1965, n. 9, in *www.cortecostituzionale.it.*
[131] V. Corte Cost., 27.12.1965, n. 9, in *www.cortecostituzionale.it.*

le condizioni storiche d'ambiente e di cultura". Ma tale relatività non impedisce che il suo significato sia sufficientemente determinato, poiché, trattandosi di un concetto diffuso e generalmente compreso, in base ad esso è ragionevolmente possibile che, in un determinato momento storico, si sia in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni secondo il comune senso del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano»[132].

In realtà, la giurisprudenza costituzionale sembra individuare una connessione tra buon costume e dignità umana, con la conseguenza che il primo limite sembra risolversi in quello dell'intangibilità della seconda.

A tal proposito, si ricorda la sent. n. 293 del 2000, nella quale la Corte costituzionale ha affermato che: «L'articolo 15 della legge sulla stampa del 1948, esteso anche al sistema radiotelevisivo pubblico e privato dall'art. 30, co. 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, non intende andare al di là del tenore letterale della formula [buon costume] quando vieta gli stampati idonei a turbare il comune sentimento della morale. Cioè, non solo ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata»[133].

Dunque, intesa come «presidio del bene fondamentale della dignità umana, sicché solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento»[134], la disposizione censurata non può ritenersi lesiva della libertà di manifestazione del pensiero. Quindi tale pronuncia utilizza il limite del buon costume non a presidio del pudore sessuale ma, in generale, del rispetto della persona umana.

Infine, il buon costume, pur costituendo un limite generale di ogni forma di manifestazione del pensiero, non potrebbe comunque consentire alcuna forma di censura preventiva nei confronti della stampa, per la quale vale la garanzia dell'art.

---

[132] Così Corte Cost., 27.07.1992, n. 368, in *www.giurcost.org.*

[133] V. Corte Cost., 17.07.2000, n. 293, in *www.cortecostituzionale.it*

[134] Sul punto NICASTRO, cit., 12.

21, co. 2, Cost.[135] Invece, sarà possibile prevedere un sistema di controlli preventivi per le forme di manifestazioni delle opinioni diverse dalla stampa, come il teatro ed il cinema.

Però, quand'anche la stampa non sia impedita (come avviene per la censura vera e propria), se viene preclusa la diffusione a terzi, il risvolto pratico non sarà molto diverso da quello della censura.

L'ultimo periodo del sesto comma attribuisce alla legge «il compito di identificare i provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni»[136]. Si tratta di una riserva di legge, istituto che consente al legislatore l'esclusiva nel dettare la disciplina in relazione alle materie indicate dalla Costituzione.

Esistono due tipologie di riserve: quelle "assolute", che consentono alle fonti subordinate, al massimo, di dare esecuzione alle norme di legge, e quelle "relative", che permettono alle fonti secondarie di disporre non solo *secundum*, ma anche *praeter legem*. È difficile distinguere le une dalle altre e ciò anche a causa della vaghezza delle indicazioni contenute nel testo della Costituzione. È bene rammentare, però, che il paradigma della riserva di legge è costituito da quella in materia penale, dal momento che proprio in tale materia i diritti dei cittadini possono essere maggiormente lesi. Proprio per questo, è importante coinvolgere il Parlamento, organo che vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano. E' vero che anche il Governo può esercitare la funzione legislativa, adottando decreti legislativi (art. 76 Cost.[137]) o decreti legge (art. 77 Cost.[138]), ma anche in questi casi il Parlamento partecipa: nel caso dei decreti legislativi perché questi richiedono, ai fini della loro adozione, una previa legge di delegazione votata

[135] V. art. 21, co. 2, Cost.: «La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure».

[136] Cfr. art. 21, co. 6, Cost.

[137] Così art. 76 Cost.: « L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».

[138] Cfr. art. 77 Cost.: «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere [cfr. art. 76], emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.
Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni [cfr. artt. 61 co. 2, 62 co. 2].
I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti».

dal Parlamento, ed inoltre devono seguire specifici principi e criteri direttivi nonché hanno una durata ed un oggetto definiti e nel caso dei decreti legge perché devono essere convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni a pena di decadenza.
Fatta questa premessa, nel caso della libertà di espressione, l'essenza stessa di tale libertà fa prediligere per l'identificazione di una riserva assoluta. Infatti, l'intervento del Parlamento è fondamentale proprio perché esso si contraddistingue per la compresenza delle opinioni maggioritarie e di quelle minoritarie, garantendo in questo modo la tutela delle opinioni di minoranza.

4.2 Gli ulteriori limiti

La libertà di espressione, oltre al buon costume, è soggetta ad ulteriori limiti che derivano dalla semplice esistenza di altri diritti o beni costituzionali con i quali tale libertà deve confrontarsi.
Un primo limite, degno di menzione, è quello consistente nel divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista. In particolare, secondo la XII Disposizione finale e transitoria della Costituzione, tale comportamento non è ammesso neanche quando si manifesta la propria opinione in campagna elettorale: «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 connessi al ripudio dell'ideologia autoritaria fascista e all'adesione ai valori fondanti l'assetto democratico della Repubblica italiana, quali quelli dell'antifascismo e della Resistenza; e ciò anche al fine dell'eventuale revoca della concessione in caso di violazione dell'impegno assunto»[139].
Inoltre, l'art. 5 della l. n. 645 del 1952 applica la pena della reclusione fino a 3 anni e la multa da 206 a 516 euro «a chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie

[139] V. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18.04.2019, n. 447, in *www.patriaindipendente.it.*

manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste»[140].

Un altro limite al diritto di manifestazione del pensiero è rinvenibile nel diritto all'onore e alla reputazione.[141]

La Corte non individua una specifica norma costituzionale quale fonte del bene dell'onore. Per esempio non lo fa nella sent. n. 188 del 1975, in cui, con riguardo al reato di offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto cattolico (art. 403 c.p.), parla in generale di "lesione della personalità del credente" oltre che di "oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato[142], né nella sent. n. 1150 del 1988[143], dove l'onore è incluso tra i diritti inviolabili dell'uomo e, di conseguenza, concepito come un valore fondamentale dell'ordinamento giuridico. Il collegamento ravvisato dalla Corte[144], nella sentenza n. 86 del 1974, tra il bene dell'onore e la persona umana potrebbe portare a ritenere che il fondamento costituzionale dello stesso sia stato implicitamente individuato, oltre che nella generale disposizione dell'art. 2 Cost. – che sancisce il principio di inviolabilità dei diritti dell'uomo – nell'art. 3, co. 1, Cost., nella parte in cui riconosce la pari dignità sociale di tutti i cittadini.

Un discorso diverso deve essere fatto per altre categorie di soggetti.

Ad esempio, con la sent. n. 73 del 1983, la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della disposizione che sanzionava penalmente l'aggiotaggio bancario in riferimento all'art. 21 Cost. sollevata dal giudice *a quo* «in quanto la stessa sarebbe stata diretta a tutelare il buon nome delle singole aziende di credito che, non può essere considerato un bene giuridico costituzionalmente garantito; e

---

[140] Così art. 5 della l. n. 645 del 1952.

[141] Sul punto NICASTRO, cit., 7.

[142] Cfr. Corte Cost., 08.07.1975, n. 188, in *www.cortecostituzionale.it.*

[143] V. Corte Cost., 29.12.1988, n. 1150, in *www.cortecostituzionale.it.*

[144] Cfr. Corte Cost., 27.03.1974, n. 86, in *www.cortecostituzionale.it*: «La previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata ed illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione (come questa Corte ha precisato in varie occasioni e da ultimo con la sentenza n. 20 del corrente anno).

E tra codesti beni ed interessi, ed in particolare tra quelli inviolabili, in quanto essenzialmente connessi con la persona umana, è l'onore (comprensivo del decoro e della reputazione) che trova difesa nelle previsioni degli artt. 594 e 595 del codice penale».

pertanto esso confliggerebbe con il ricordato precetto costituzionale»[145]. La Corte ha dichiarato infondata la questione riconoscendo come «L'oggetto della tutela penale non consiste quindi nella mera reputazione delle singole aziende, considerata come un bene individuale ed esclusivo di esse, ma si sostanzia nell'interesse pubblico al normale e regolare esercizio del credito e quindi concerne quell'interesse espressamente indicato e tutelato dall'art. 47 della Costituzione»[146]. Dunque, secondo la Corte, il limite alla libertà di espressione trova fondamento costituzionale non nel diritto all'onore del soggetto collettivo ma «in un diverso interesse strettamente collegato all'economia pubblica»[147].

Quanto invece all'onore dello Stato e delle sue istituzioni, la sentenza n. 20 del 1974, fa salvo il reato di vilipendio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze armate di cui all'art. 290 c.p., in quanto «fra i beni costituzionalmente rilevanti, va annoverato il prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate in vista dell'essenzialità dei compiti loro affidati. Ne consegue la necessità che di tali istituti sia garantito il generale rispetto anche perché non resti pregiudicato l'espletamento dei compiti predetti»[148]. Da ciò deriverebbe che il fondamento della legittimità costituzionale del reato di vilipendio è ravvisato nella protezione dell'onore delle persone giuridiche pubbliche non in quanto tale ma in quanto funzionale a garantire l'espletamento dei compiti ad esse affidati.

Ad ogni modo, oltre ai limiti ora esaminati, la Corte ne ha individuati altri, quali: «la sicurezza pubblica; l'esigenza di prevenzione dei reati; la tranquillità pubblica e la pubblica quiete; la tranquillità, il riposo, il decoro delle persone, la sicurezza della viabilità, la tutela dei monumenti, dell'estetica cittadina e del paesaggio; l'ordine pubblico; la giustizia; la sicurezza dello Stato, "riferita alla tutela della esistenza, della integrità, della unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato"; la tutela dei minori, agganciata in genere al limite del buon costume; la dignità e la reputazione degli imputati; il metodo democratico, che richiede "il rispetto della sovranità popolare affidata alle maggioranze legalmente costituite, e la tutela dei diritti delle minoranze, e l'osservanza delle

[145] Così Corte Cost., 23.03.1983, n. 73, in *www.giurcost.org.*
[146] Sul punto Corte Cost., 23.03.1983, n. 73, in *www.giurcost.org.*
[147] V. Corte Cost., 23.03.1983, n. 73, in *www.giurcost.org.*
[148] Così Corte Cost., 30.01.1974, n. 20, in *www.giurcost.org.*

libertà stabilite dalla Costituzione; l'ordine economico e l'economia pubblica; il diritto all'immagine quale espressione del "decoro, dell'onore, della rispettabilità, della riservatezza, dell'intimità e della reputazione altrui"; la sicurezza della viabilità, la tutela dei monumenti, l'estetica cittadina, il paesaggio; la difesa della patria; il prestigio dell'ordine giudiziario; il prestigio del Governo, dell'ordine giudiziario e delle forze armate; il sentimento religioso»[149].

Ad esempio, la Corte di cassazione ha evidenziato che alcune limitazioni «sono riservate a quelle specifiche forme di manifestazioni di pensiero, come [...] la diffusione ed il commento professionali di notizie od informazioni, indispensabili per la formazione della pubblica opinione in una moderna società democratica, quali giustificazione stessa o contrappeso della particolare responsabilità loro richiesta ed imposta»[150].

In una sentenza del giudice amministrativo di primo grado, è stato affermato che «come ogni libertà, anche quella di parola e di opinione deve sempre coniugarsi con la responsabilità, per cui la libertà di espressione va esercitata nei limiti di legge e non può mai travalicare i confini del rispetto per le opinioni diverse dalla propria, per i cittadini e per le istituzioni»[151] e che «in nessun Paese democratico è consentito utilizzare la libertà di parola per incitare alla commissione di reati»[152] e ancora «ferme restando le libertà fondamentali, uno Stato democratico e sovrano non è certo un ente imbelle, per cui ha il diritto e il dovere di reagire, nelle forme di legge, ma anche con tutta la forza della legge, ogni qual volta vengano messi in discussione i princìpi basilari su cui si fonda ovvero ove sia in pericolo la stessa *salus rei publicae*».[153]

[149] Sul punto LUCIANI, cit., 35.
[150] V. Cass. civ., Sez. Un., 18.11.2016, n. 23469, in *www.deiustitia.it.*
[151] Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28.10.2013, n. 530, in *www.coordinamentoadriatico.it.*
[152] Così T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28.10.2013, n. 530, in *www.coordinamentoadriatico.it.*
[153] Cfr. V. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28.10.2013, n. 530, in *www.coordinamentoadriatico.it.*

5. I reati di opinione

Per "reati di opinione" si intendono «fattispecie che incriminano la manifestazione di un certo contenuto di pensiero»[154].

Dunque, l'elemento caratterizzante tale categoria consiste «nell'espressione di un pensiero, un giudizio, una valutazione, un sentimento che è sanzionato indipendentemente dalla protezione di un bene costituzionalmente rilevante (quale l'onore o la reputazione altrui o un diverso diritto fondamentale di titolarità di un altro individuo)»[155].

Esse sono finalizzate a limitare il libero confronto di idee, quali esse siano, configurando così una democrazia "protetta" che impedisce la legittima espressione di opinioni in quanto tali.

Non tutte le ipotesi che puniscono la manifestazione di un atto di pensiero rientrano però in tale categoria.

Considerando in un primo momento il quadro normativo vigente prima dell'entrata in vigore della l. n. 85 del 2006, «il concetto di reato di opinione può essere utilizzato in riferimento ad almeno quattro classi di ipotesi criminose: le varie ipotesi di vilipendio, propaganda, e apologia, incriminate tra i delitti contro lo Stato; l'apologia di delitto, inserita tra i delitti contro l'ordine pubblico; i casi di vilipendio contro la religione di Stato o i culti ammessi; la propaganda razzista, di cui alla prima parte della lett. a) del primo comma dell'art. 3 della l. n. 654/1975»[156].

Al di là dell'appartenenza ad una di tali categorie, i reati di opinione presentano alcune caratteristiche comuni.

Innanzitutto, si tratta di reati che si realizzano attraverso la manifestazione di un certo pensiero, che si perfezionano a prescindere dagli effetti ulteriori che la condotta criminosa può avere nel mondo esterno.

In secondo luogo, la condotta illecita si esplica non attraverso la mera narrazione di fatti, ma esprimendo un certo punto di vista, e ciò indipendentemente dal mezzo prescelto per veicolare il messaggio. Infatti, ciò che viene punito è l'atto stesso del comunicare un'opinione, un'idea o un giudizio di valore. Ad esempio, vi sono reati

---

[154] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2/3, 690.

[155] Cfr. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre*, in *dir. pen. cont.*, 2013, 3, 10.

[156] Così SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 691.

d'opinione che possono essere realizzati anche mediante condotte non verbali, purché espressive di un giudizio di valore (si pensi allo sputo o alla distruzione di una bandiera). Dunque, le incriminazioni dei reati di opinione sono restrizioni "*content-based*", e non "*content-neutral*" della comunicazione del pensiero, dal momento che le stesse proibiscono una certa manifestazione del pensiero proprio in ragione del contenuto del messaggio espresso.

Questo permette di evidenziare la caratteristica fondamentale che accomuna le varie fattispecie dei reati d'opinione: le norme che incriminano questi ultimi sono specificamente poste a presidio di valori morali o di sentimenti sovra-individuali, cioè attribuibili ad un gruppo tendenzialmente indefinito di soggetti, od anche dell'intera comunità intesa come entità astratta distinta dai singoli individui che la compongono, e, analogamente, di sensibilità sovra-individuali di alto livello.

Invece, tale peculiarità non ricorre nei reati che colpiscono direttamente valori morali o sensibilità individuali. Si pensi all'ingiuria o alla diffamazione, nelle quali viene colpito il valore morale dell'altrui dignità, valutato nella sua dimensione individuale[157].

Tale caratteristica non è rinvenibile neanche nei reati che aggrediscono sensibilità collettive o diffuse ma non di alto livello, come i reati contro il comune senso del pudore[158]. Si pensi, per esempio, al reato di pubblicazioni e spettacoli osceni di cui all'art. 528 c.p.

Al riguardo, però, bisogna fare una precisazione: teoricamente qualsiasi condotta criminosa è in grado di offendere valori morali sovra-individuali (si pensi al valore del rispetto della legge), o sensibilità collettive (ad esempio la fiducia dei cittadini nell'effettiva vigenza delle norme penali) il che, tuttavia, non implica che ogni norma penale sia genericamente diretta alla tutela di essi. In ciascuna delle ipotesi qui considerate, una condotta è vietata proprio perché, mediante l'espressione di un'opinione, miri a turbare un valore morale sovra-individuale o una sensibilità collettiva rispetto a un valore morale.

[157] In argomento SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 694.
[158] V. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 695.

5.1 Problemi posti dai reati di opinione

La categoria dei reati di opinione presenta fondamentalmente tre tipi di problemi: di determinatezza delle fattispecie, di sproporzione tra reato e sanzione e di offensività delle condotte incriminate[159].

Quanto alla prima ipotesi, le fattispecie dei reati d'opinione sono in genere caratterizzate da due tipi di indeterminatezza: il primo attiene all'eccessiva genericità della formulazione delle fattispecie in questione, le quali sono in genere fondate su condotte illecite descritte in modo troppo conciso (vilipendere; fare l'apologia; fare propaganda). A titolo esemplificativo, si prenda in considerazione il reato di vilipendio di cui all'art. 292 c.p.[160] Il legislatore, nel definire la condotta illecita dei reati in questione, ricorre alla generica espressione "pubblicamente vilipendere" qualcuno o qualcosa, e facendo dipendere le differenze fra le diverse ipotesi di vilipendio (politico, militare, di religione, ecc.) solo dall'oggetto della condotta (determinate istituzioni, determinate entità, ecc.) o dall'identità dell'autore di essa (si pensi alla differenza fra vilipendio politico comune e vilipendio politico militare).

Oltre alla vaghezza dell'espressione "pubblicamente vilipendere", anche il concetto stesso di "vilipendio" si connota per una particolare indeterminatezza di contenuto, il che ha conseguenze negative – nel senso di difficoltà di delineare i contorni della figura – e positive – in quanto la giurisprudenza ha goduto di questa particolare ampiezza nell'individuazione delle condotte che possono essere incriminate.

Vilipendere significa "considerare vile", "mostrare sprezzo", per qualcuno o qualcosa, condotta che per poter essere incriminata richiede anche il requisito della pubblicità, con la conseguenza che il comportamento punito consiste nel «mostrare

[159] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 696.

[160] V. art. 292 c.p.: «Chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000. La pena è aumentata da euro 5.000 a euro 10.000 nel caso in cui il medesimo fatto sia commesso in occasione di una pubblica ricorrenza o di una cerimonia ufficiale.
Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la reclusione fino a due anni.
Agli effetti della legge penale per bandiera nazionale si intende la bandiera ufficiale dello Stato e ogni altra bandiera portante i colori nazionali».

pubblicamente sprezzo per un individuo o un oggetto che godono di particolare rispetto»[161].

Tuttavia, tale manifestazione non connota una classe specifica di condotte, ma indica semplicemente il significato alla base delle stesse, con la conseguenza che qualsiasi azione od omissione, espressa attraverso la parola o meno, potrebbe costituire "vilipendio" per il semplice fatto che esterni il disprezzo per qualcuno o per qualcosa, senza che siano individuate a priori le ipotesi di manifestazione di disprezzo incriminabili.

Questa caratteristica emerge soprattutto se si confronta la fattispecie in questione con quelle di ingiuria e diffamazione che, prevedendo la realizzazione di un certo evento (l'offesa all'altrui onorabilità) permettono una determinazione del fatto tipico.

Il secondo tipo di indeterminatezza delle norme incriminatrici dei reati d'opinione è legato al contenuto offensivo della condotta punita: l'individuazione di quest'ultimo è generalmente affidata ad espressioni sintetiche (pubblicamente vilipendere, fare l'apologia, fare propaganda), il che non permette sempre di comprendere se determinate condotte rientrino in tali fattispecie o meno (si pensi ad un'azione che sia solo implicitamente apologetica o ad un'altra che, sebbene irrispettosa, non sia vilipendiosa).

In queste ipotesi, per comprendere se una determinata condotta sia punibile, bisogna prendere le mosse dal bene tutelato dalla norma incriminatrice. Però, nel caso dei reati d'opinione, generalmente non è chiaro quale sia lo stesso, il che rende incerta la sussunzione nella fattispecie incriminatrice di una condotta concreta. In questo modo, risulta anche difficile ricorrere a quell'interpretazione teleologica che di solito permette, invece, di sopperire alla mancanza di determinatezza nella descrizione delle fattispecie.

Un altro problema dei reati d'opinione consiste nel fatto che le norme che li incriminano prevedono sanzioni molto elevate. Ad esempio, quanto ai reati d'opinione politici, il vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.) e il vilipendio alla bandiera italiana (art. 292 c.p.) erano puniti, prima della novella del febbraio 2006, con la reclusione da uno a tre anni; il vilipendio della Repubblica, delle

[161] Così SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 697.

istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290 c.p.) e l'offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero (art. 299 c.p.), con la reclusione da sei mesi a tre anni; la propaganda e l'apologia sovversiva o antinazionale (272 c.p.), con la reclusione da uno a cinque anni.

Ma anche al di fuori di tale categoria, i livelli sanzionatori non sono di poco conto. Basti pensare all'apologia di delitto (art. 414, co. 3, c.p. in relazione al primo comma n. 1) che è punita con la reclusione da uno a cinque anni.

La ragione per cui sono previsti *range* di pena così alti è dovuta all'insieme dei valori contenuti nel codice Rocco. Infatti, i reati di opinione scaturiscono dai vecchi delitti di lesa maestà, caratterizzati soprattutto dal fatto di turbare una serie di valori morali facenti direttamente o indirettamente capo allo Stato, quali l'idea di nazione, il prestigio delle istituzioni, l'obbedienza alle leggi penali statali. Di conseguenza, si comprende come fosse giustificata la repressione dei reati sopra menzionati in un regime come quello fascista, che sacralizzava l'idea di Stato quale espressione di valori tradizionali e tipicamente nazionali.

Tuttavia, non si può non tenere conto del mutato contesto politico e sociale, che riconosce centralità, più che allo Stato, alla persona umana e alla sua dignità sociale e individuale. Di conseguenza, non paiono più giustificabili comminatorie edittali così alte.

Ad ogni modo, le maggiori problematiche che connotano i reati di opinione attengono al tipo di offese che le norme incriminatrici sono volte a prevenire, e quindi al tipo di condotte incriminate e al tipo di beni che si vogliono tutelare.

Tali problemi di offensività sono in particolare legati al rapporto conflittuale che intercorre fra essi ed alcuni principi fondamentali di un ordinamento democratico. Infatti, l'incriminazione di un reato d'opinione ha ad oggetto l'espressione −verbale o comportamentale − di un punto di vista ed è volta a proteggere valori morali o spirituali sovra-individuali, o di sensibilità collettive rispetto ad essi: il prestigio dello Stato e delle pubbliche istituzioni; l'idea di nazione; il sentimento nazionale; il sentimento religioso; la pace e la tranquillità sociale, l'ideale dell'ordine pubblico, l'eguaglianza tra le persone.

A questo punto sorgono spontanee due domande: è legittimo (e se sì in che misura) incriminare l'espressione di un'opinione? Ed in secondo luogo, qualora essa potesse

essere legittimamente impedita, sarebbe legittimo tale divieto a tutela di valori morali o spirituali sovra-individuali o di sensibilità collettive di alto livello?

5.2 Bilanciamento

Tali dubbi rimandano alla tematica della libertà d'espressione[162]. L'art. 21 Cost. riconosce a ciascun individuo il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, individuando quali unici limiti legittimi le manifestazioni contrarie al buon costume.

Questo però non vuol dire che, salvo le ipotesi di manifestazioni contrarie al buon costume, il legislatore non sia mai costituzionalmente legittimato a sanzionare condotte consistenti in espressioni di atti di pensiero.

A tal proposito, è necessario capire quali siano la "portata" e il "peso" della garanzia costituzionale della libertà d'espressione.

Con "portata" si intende «quale sia l'ampiezza della garanzia: a quali classi di casi essa si riferisca; quale sia la dimensione della manifestazione del pensiero, la cui libertà è garantita dall'art. 21 Cost»[163].

Invece, con "peso" si intende «a quali condizioni, e in quali casi, essa sia protetta a preferenza di altri principi, con i quali entri eventualmente in conflitto; quando la libertà di espressione prevalga rispetto ad altri principi fondamentali con essa confliggenti»[164].

Partendo dal primo punto, parte della dottrina[165] sostiene come la portata della libertà d'espressione sia in realtà molto più ristretta di quanto appaia. In particolare, si prospetta una definizione della portata di tale libertà di tipo teleologico, ossia una definizione che, per comprendere se un provvedimento sia in contrasto con l'art. 21 Cost., faccia riferimento non alle caratteristiche della condotta regolata, ma al punto di vista dal quale, e alle ragioni per le quali, essa è presa in considerazione dalla legge. Da questo punto di vista, non esistono condotte che per la loro struttura ricadono nella garanzia della libertà di espressione, e altre che ne siano estromesse.

---

[162] Cfr. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 702.
[163] In argomento SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 702.
[164] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 702.
[165] V. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 702.

Alla base di questa affermazione vi è il seguente ragionamento. Qualunque condotta volontaria si caratterizza per due aspetti: uno spirituale o interno, e uno materiale o esterno. Da un lato, ogni azione (non solo quelle comunicative) può essere intesa come l'espressione di un certo pensiero, ponendosi alla base di essa desideri, preferenze, valutazioni, convinzioni, credenze, motivazioni. Dall'altro, ogni azione produce effetti nel mondo esterno.[166]La seconda questione oggetto di analisi attiene al peso del principio di libera manifestazione del pensiero. Infatti, una norma penale che confligge con l'art. 21 Cost. non è necessariamente illegittima, in quanto, stabilita la portata del principio della libertà di espressione, occorre stabilire se e a quali precise condizioni esso prevalga sugli altri principi con i quali entri eventualmente in conflitto.

Per comprendere tale concetto si riporta il seguente esempio avanzato da parte della dottrina: «che una condotta C rientri nella garanzia di un certo principio costituzionale P1, non comporta, di per sé solo, l'incostituzionalità della norma N, che eventualmente ne vieti la realizzazione. Ci sono casi, nei quali una norma restringe, limita, vieta, una condotta (C) che rientra nella portata di un principio (P1), senza rappresentare però una vera e propria violazione del principio stesso. La restrizione potrebbe infatti trovare ragione nell'esigenza di salvaguardare un diverso principio costituzionale (P2), eventualmente in conflitto con P1. In questo caso, che C rientri nella portata di P1 non vale, da solo, a "garantire" C nei confronti del potere punitivo dello Stato: la legittimità costituzionale di N dipenderà integralmente dal modo in cui si ritiene che il conflitto tra P1 e P2 vada risolto, e quindi dal peso rispettivo dei due principi e dall'esito del bilanciamento tra di essi. La restrizione di P1 operata da N rispetto a C, relativamente ai casi in cui P2 debba ritenersi prevalente su P1, rappresenterebbe una restrizione giustificata, e non quindi una violazione, di P1»[167].

A tal proposito, è bene evidenziare che esistono beni di rango costituzionale (a grandi linee equiparabili alla libertà di espressione) che possono essere lesi mediante la manifestazione di un'opinione.

[166] Cfr. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 704.
[167] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 710.

In tali casi, è assodato che, qualora ricorrano determinate condizioni, la libertà d'espressione potrebbe soccombere. Si pensi, ad esempio, alle opinioni lesive della dignità umana: tale bene viene considerato talmente importante che nella maggior parte dei casi, se vi fosse un conflitto, lo stesso prevarrebbe sulla libertà di espressione, con la conseguenza che eventuali limitazioni di quest'ultima imposte mediante le norme che incriminano l'ingiuria e la diffamazione risulterebbero, in linea di principio, legittime.

Un discorso simile può essere fatto, ad esempio, in relazione al delitto di rivelazione di notizie segrete (art. 262 c.p.), o alle diverse fattispecie che incriminano la rivelazione di certi tipi di notizie (artt. 618, 620, 621, 622, 623, 684 c.p.): la libertà di espressione, in questi casi, incontra un limite nell'esigenza di tutelare interessi, quali quello delle persone alla riservatezza o quello dello Stato al buon andamento della pubblica amministrazione, o all'efficienza dell'azione giudiziaria, ecc.

Ci si chiede a questo punto come si possa applicare tale ragionamento alla materia dei reati di opinione.

Si è affermato, nelle pagine precedenti, che le incriminazioni di reati d'opinione vietano una certa manifestazione del pensiero proprio in considerazione del messaggio espresso. Dunque, poiché le condotte incriminate a titolo di reati di opinione ricadrebbero nella garanzia costituzionale della libertà di espressione, le norme sui reati d'opinione, restringendo tale libertà, sembrerebbero porsi in contrasto con l'art. 21 Cost. Tuttavia, come sopra evidenziato, tale conflitto non è sufficiente a far ritenere costituzionalmente illegittime tali norme, essendo necessario verificare le ragioni alla base di queste ultime, nonché il peso che esse hanno in relazione al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

Partendo dall'assunto secondo cui la tutela della libertà d'espressione non è assoluta, ci si chiede se il bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra la libertà d'espressione che viene compressa e le ragioni per le quali la si comprime sia un bilanciamento dall'esito costituzionalmente legittimo.

5.3 Libertà di espressione e tutela di sensibilità collettive di alto livello, di valori morali sovra-individuali e tutela dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali

Occorre chiedersi se la tutela di sensibilità collettive di alto livello possa legittimare una restrizione della libertà di espressione. Ebbene, parte della dottrina[168] dà a tale interrogativo risposta negativa.

Per giustificare la stessa tale dottrina, a titolo esemplificativo, confronta il reato di propaganda razzista, disciplinato dall'art. 3, co. 1, lett. a), l. n. 654/75, con la diffamazione aggravata (*ex* art. 3 d. l. n. 122/93) dall'essere commessa per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso.

A differenza di queste ultime, in grado di ledere effettivamente la dignità di una persona nonché di produrre danni psicologici, e a volte anche fisici, verificabili, la lesione di una sensibilità collettiva, e cioè della dignità basata sull'appartenenza ad una collettività, risulta più ambigua, consistendo la stessa nell'insieme indeterminato di sensibilità individuali.

Ci si chiede, allora, se possa legittimare una restrizione della libertà di espressione la tutela di valori morali sovra-individuali (come il prestigio dello Stato o delle istituzioni statali) il rispetto della legge penale.

Secondo parte della dottrina[169], è vero che la rilevanza costituzionale di tali beni sovra-individuali (si pensi al prestigio dello Stato o alla fiducia dei cittadini nell'effettività del rispetto delle leggi penali dello Stato) potrebbe giustificare una restrizione della libertà di espressione (purché ovviamente gli stessi possano essere concretamente danneggiati, o almeno messi in pericolo, dall'espressione di un'opinione). Però, per poter considerare legittima una restrizione della libertà di espressione non basta che la ragione del divieto sia quella di impedire che venga arrecato un danno ad un bene costituzionalmente rilevante, essendo altresì necessario che tra l'espressione del pensiero e il danno (o pericolo di un danno) sussista una reale connessione causale.

Tuttavia, nonostante tali valori abbiano rilievo costituzionale, non esiste alcuna connessione dimostrabile tra la commissione di un reato d'opinione ed il danno (o

[168] Così SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 714.
[169] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 716.

il pericolo di un danno) ad uno di tali valori. Di conseguenza, la ragione per cui si criminalizza un reato di opinione risiede nel suo costituire espressione di una contro-idea rispetto all'idea di certi valori morali sovra-individuali diffusamente condivisi o comunque ritenuti meritevoli di particolare considerazione. Però, una limitazione della libertà d'espressione per il solo fatto che l'opinione espressa rappresenti l'idea di un contro-valore rispetto a valori morali sovra-individuali contrasta con l'essenza stessa della garanzia di cui all'art. 21 Cost. Più precisamente, «riconoscere agli individui un diritto di esprimersi liberamente è importante per ragioni che hanno a che fare con: a) la dignità e l'autonomia delle persone; b) la partecipazione democratica dei cittadini alla gestione della cosa pubblica; c) l'evoluzione scientifica e morale della società»[170].

L'incriminazione di un reato di opinione confligge con ciascuna di tali ragioni.

Innanzitutto, la libertà di affermare ciò che si pensa è fondamentale ai fini dell'autonomia e della dignità delle persone. Perciò, se concepiti come incriminazione di contro-idee, posti a tutela di idee generalmente condivise, nonché dell'integrità concettuale di certi valori sovra-individuali, i reati di opinione finiscono per comprimere un aspetto fondamentale dell'autonomia degli individui, e dell'idea stessa di diritto di agire, ossia il diritto a sbagliare.

Inoltre, la garanzia della libertà di espressione rileva anche in relazione al concetto di democrazia. Quest'ultima, infatti, è una forma di governo che si basa, tra gli altri, sulla partecipazione della collettività al dibattito pubblico. Per garantire tale diritto, è fondamentale che i cittadini possano esprimere il proprio pensiero anche su questioni di interesse pubblico, tra cui rientrano i valori morali sovra-individuali diffusamente condivisi, nonché prendere cognizione, in maniera libera e priva di censure, delle informazioni e delle altrui opinioni su temi di interesse pubblico.

Sulla base di tali considerazioni, l'incriminazione di un reato d'opinione, e quindi il divieto di affermare un certo pensiero a tutela dell'integrità concettuale di un valore morale generalmente condiviso, si pone in contrasto con i presupposti di una democrazia deliberativa, la quale si fonda, tra l'altro, sul diritto della minoranza di contestare i valori approvati dalla maggioranza, e quindi anche di offenderne i sentimenti di alto livello.

[170] Cfr. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 718.

Per superare il conflitto tra l'art. 21 Cost. e la categoria dei reati di opinione si potrebbe ritenere che essi non puniscano determinate condotte per il contenuto di pensiero che esprimono, ma per gli effetti che producono nel mondo esterno. Questa è la strada intrapresa dalla Corte costituzionale, rilevando, ad esempio, che «Non si esclude, peraltro, che in regime democratico siano consentite critiche, con forme ed espressioni anche severe, alle istituzioni vigenti e tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale (al caso attraverso le persone e gli organi che ne sono esponenti); anzi tali critiche possono valere ad assicurare, in una libera dialettica di idee, il loro adeguamento ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale in ordine ad antiche o nuove istanze. Ma non impedisce tale libertà di critica la previsione, come reato, della condotta vilipendiosa ipotizzata nell'art. 290 c.p., in una o più delle svariate forme che essa può assumere»[171].

In via analoga, la Corte costituzionale, anziché dichiarare l'incostituzionalità del terzo comma dell'art. 414 c.p., ha affermato che «L'art. 414, ultimo comma, c.p. non limita in alcun modo la critica della legislazione o della giurisprudenza, né l'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice, anche nel momento in cui essa viene applicata in concreto» e che «Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificarne gli autori è da molti considerata una ipotesi di istigazione indiretta: certo è attacco contro le basi stesse di ogni immaginabile ordinamento apologizzare il delitto come mezzo lodevole per ottenere l'abrogazione della legge che lo prevede come tale. Non sono concepibili, infatti, libertà e democrazia se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare. L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»)[172].

Questa lettura, però, espone comunque la categoria dei reati d'opinione a problemi di offensività, in quanto, quand'anche si ammettesse che sono altri i beni tutelati

[171] V. Corte Cost., 30.01.1974, n. 20, in *www.giurcost.org.*
[172] Così Corte Cost., 4.05.1970, n. 65, in *www.giurcost.org.*

dalle fattispecie incriminatrici di reati d'opinione, le condotte incriminate di per sé non sono in grado di offendere gli stessi.

Inoltre, «questa conversione, per via interpretativa, di fattispecie di pericolo astratto in reati di pericolo concreto si espone ai rilievi critici di chi dubita che in questi ambiti il pericolo concreto possa fungere da argine all'espansione del controllo penale: la funzione selettiva di tale elemento è fittizia se non ha ad oggetto eventi specifici, che mancano nell'istigazione a delinquere e nell'apologia di delitto (che presentano come unico elemento di delimitazione del fatto il requisito della pubblicità, tra l'altro definito in termini ampi nell'art. 266 c.p.) e nei delitti di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste nelle quali il secondo termine della relazione di pericolo è costituito dal macro-evento della ricostituzione del partito fascista»[173].

A questo punto l'interprete si trova a dover effettuare una scelta.

Una prima strada è quella di modificare, in via interpretativa, le fattispecie dei reati di opinione, configurandole in termini di reati di pericolo concreto implicito. Tuttavia, in questo modo, nel concreto tali figure diverrebbero inutili. Ad esempio, se si concepisse l'apologia di delitto alla stregua di una istigazione indiretta a delinquere, la stessa non avrebbe senso di esistere, dal momento che l'istigazione indiretta sarebbe già punibile, e con le stesse pene, in base al primo comma dell'art. 414 c.p.

Si potrebbe allora optare per la via del pericolo astratto. Tuttavia, in tal modo si rischierebbe di anticipare eccessivamente la tutela penale, con la conseguenza che le condotte incriminate dai reati di opinione verrebbero sanzionate in forza di una semplice presunzione di pericolo da parte del legislatore e dunque verrebbero violati altri principi costituzionali, come quelli di oggettività e offensività del reato.

La novella 85/2006 ha cercato di intervenire sui vari profili problematici sin qui individuati.

Innanzitutto, tale legge ha cercato di demarcare meglio la portata offensiva di alcune delle fattispecie in questione, in ossequio al principio di determinatezza.

---

[173] V. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 2015, 4, 39.

Ad esempio, la stessa ha riformulato l'art. 292 c.p. (Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato), al fine di specificare meglio la condotta incriminata, definita come «il fatto di vilipendere la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato». In particolare, la stessa ha diviso quello che prima era un unico reato in due fattispecie diverse: mentre il primo comma punisce «il fatto di vilipendere con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato»[174], il secondo incrimina la condotta di «chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato»[175].

Tuttavia, il ricorso alla locuzione "espressioni ingiuriose" sembrerebbe escludere dall'ambito applicativo della norma condotte non comunicative – come uno sputo sulla bandiera – potenzialmente anche più dannose di un'ingiuria verbale. Perciò, se si volesse estendere la tutela penale anche a queste ipotesi, si dovrebbe richiedere che la condotta vilipendiosa, quale che sia la sua forma e salvo il caso di cui al secondo comma, costituisca espressione di disprezzo. In questo modo, però, lo scopo di conferire maggiore determinatezza alla fattispecie non verrebbe raggiunto. Una soluzione preferibile sarebbe allora quella di riferire la locuzione "espressioni ingiuriose" alla necessità che la manifestazione di disprezzo avvenga mediante espressioni già di per sé offensive, con la conseguenza che se l'offensività del contenuto di un'opinione non può mai legittimare una limitazione penale della libertà di espressione, l'incriminazione dell'espressione di un'opinione potrebbe invece essere giustificata dall'offensività della forma da questa assunta.

Una modifica simile a quella subita dall'art. 292 c.p. ha riguardato anche l'art. 404 c.p., rubricato "Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose".

Però, la nuova formulazione del secondo comma dell'articolo in questione, in base al quale «Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibili o imbratta cose che formino oggetto di culto o siano consacrate al culto o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto è punito con la reclusione fino a due anni» pone problemi di coordinamento con l'art. 635,

[174] V. art. 292, co. 1, c.p.
[175] Così art. 292, co. 2, c.p.

co. 2, n. 1, c.p., che prevede un aggravio di pena, qualora il fatto sia commesso, tra l'altro, «su edifici [...] destinati [...] all'esercizio di un culto o (per effetto del rinvio al n. 7 dell'art. 625 c.p.) su cose esposte [...] per destinazione alla pubblica fede».[176]
Una possibile soluzione potrebbe essere la seguente: qualora venisse danneggiata una delle cose di cui all'art. 635, co. 2, n. 1, c.p. ed il fatto fosse commesso con fine vilipendioso, e cioè in relazione alla condotta prevalesse un senso di disprezzo per i valori della sensibilità religiosa, troverebbe applicazione l'art. 404, co. 2, c.p. Negli altri casi, invece, l'art. 635, co. 2, c.p.
In questo modo, ai fini del dolo relativo al nuovo secondo comma dell'art. 404 c.p., è necessaria, oltre alla volontà di «distruggere, disperdere, deteriorare, rendere inservibile o imbrattare la cosa», una precisa intenzione di vilipendere pubblicamente una confessione religiosa, con la conseguenza che si potrebbero escludere dall'oggetto del divieto tutte le condotte di danneggiamento, in cui il vilipendio della confessione religiosa costituisca oggetto di un dolo indiretto o eventuale (per ripicca contro il proprietario, per nascondere la prova del precedente furto della cosa, ecc.).
Inoltre, questo discorso potrebbe essere fatto in relazione alla fattispecie prevista nel nuovo secondo comma dell'art. 292 c.p. la quale, come il secondo comma dell'art. 404 c.p., richiede che la condotta di danneggiamento vilipendioso sia posta in essere «pubblicamente e intenzionalmente»[177].
Un'altra critica che è stata mossa alla novella di cui alla l. n. 85/2006 è che la stessa non ha tentato di delimitare i contorni di altre fattispecie di reato, come quella di cui all'art. 290, co. 1 e 2, c.p. (Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate) o quella di cui all'art. 291 c.p. (Vilipendio alla nazione italiana), rimaste intatte, tanto che la descrizione della cui condotta illecita continua quindi ad esaurirsi nel fatto di "pubblicamente vilipendere", oltre al fatto che tale riforma, nel riscrivere la condotta di vilipendio della bandiera con espressioni ingiuriose (di cui al primo comma dell'art. 292), non ha specificato − a

[176] V. art. 625, co. 2, n. 1, c.p.
[177] V. art. 292, co. 2, c.p.: «Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la reclusione fino a due anni».

differenza delle altre ipotesi di vilipendio politico − che la condotta debba avere luogo "pubblicamente"[178].

Un ultimo intervento volto a rendere più determinata la fattispecie è infine quello che ha riguardato l'art. 3, co. 1, l. n. 654/1975. In particolare, le espressioni «chi diffonde in qualsiasi modo idee» e «incita» sono state sostituite rispettivamente da quelle «chi propaganda idee» e «istiga». Non si comprende, però, in che modo le nuove locuzioni siano più determinate di quelle originarie.

L'intervento di maggiore spicco operato della riforma è, però, quello attinente ai margini edittali delle pene.

In alcuni casi, la pena è rimasta dello stesso tipo e della stessa specie, ma ne è stato diminuito il *quantum* edittale.

Ad esempio, l'art. 292 c.p., prima della riforma, puniva tutte le condotte di vilipendio della bandiera nazionale con la reclusione da uno a tre anni, senza operare alcuna distinzione tra le varie fattispecie. Oggi, invece, la norma distingue l'ipotesi di vilipendio "con espressioni ingiuriose" da quella di danneggiamento vilipendioso, punendo la seconda con la pena della reclusione fino a due anni e il vilipendio con espressioni ingiuriose con la multa.

Un discorso simile può essere fatto per l'art. 404 c.p.: esso, in origine, puniva in maniera indifferenziata ogni offesa alla religione di Stato perpetrata mediante vilipendio di cose, con la reclusione da uno a tre anni.

A seguito della riforma, oltre al fatto che l'espressione "religione di Stato" è stata sostituita da quella più generica "una confessione religiosa", l'art. 404 c.p. distingue l'offesa a una confessione religiosa in due sotto-fattispecie, a seconda che l'offesa sia arrecata mediante ingiuria vilipendiosa o danneggiamento vilipendioso di cose, e mentre punisce questa seconda ipotesi con la reclusione fino a due anni, nel primo caso prevede la sola pena della multa.

In entrambi i casi, la pena prevista per le ipotesi di danneggiamento vilipendioso è più grave di quella relativa alle ipotesi di vilipendio mediante espressioni ingiuriose, per le quali è prevista la sola pena pecuniaria, e ciò è stato giustificato

[178] Così art 292, co. 1, c.p. «Chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000. La pena è aumentata da euro 5.000 a euro 10.000 nel caso in cui il medesimo fatto sia commesso in occasione di una pubblica ricorrenza o di una cerimonia ufficiale».

affermando che le ipotesi del primo tipo siano, a differenza delle altre, plurioffensive, lesive tanto del valore morale materializzato nella bandiera o nella cosa oggetto di culto o consacrata al culto, quanto del loro valore patrimoniale.

Però, questa ricostruzione non spiega il caso in cui la cosa oggetto della condotta di vilipendio (ad esempio la bandiera bruciata) appartenga all'agente, caso in cui non avrebbe senso parlare di un'offesa patrimonialmente rilevante.

Essa, inoltre, renderebbe contraddittori gli esiti della modifica subita dall'art. 299 c.p., che punisce il vilipendio della bandiera (o di altro emblema) di uno Stato estero. La fattispecie, prima della riforma, era sostanzialmente analoga a quella di cui all'art. 292 c.p.[179] A seguito della riforma, invece, l'art. 299 c.p. punisce solo il vilipendio verbale della bandiera estera, tra l'altro con una pena (pecuniaria) molto più mite di quella prevista per il vilipendio verbale della bandiera nazionale, il che appare irragionevole dal momento che, sia nel nuovo art. 292 c.p. che nel nuovo 404 c.p., il vilipendio tramite danneggiamento è considerato più grave di quello mediante espressioni ingiuriose.

Fuori dal codice penale, una riduzione dei margini di pena è stata prevista anche in relazione al reato di propaganda razzista e istigazione razzista di cui all'art. 3, co. 1, l. n. 654/1975: la norma, prima della modifica, comminava la pena della reclusione fino a tre anni, mentre nella nuova formulazione prevede la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi, o in alternativa quella della multa fino a 6000 euro.

In quasi tutti gli altri casi, la modifica della comminatoria edittale di pena ha comportato il passaggio a pene di specie diversa rispetto a quelle precedentemente minacciate e cioè dalla reclusione alla multa. È il caso del vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290, co. 1 e 2, c.p.); di vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.); di vilipendio mediante espressioni ingiuriose della bandiera nazionale (art. 292, co. 1, c.p.); e di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di cose con espressioni ingiuriose (art. 404, co. 1, c.p.); ecc.

[179] Entrambe le norme punivano condotte di vilipendio della bandiera, senza differenziare tra vilipendio verbale e vilipendio materiale, e comminavano pene dall'ammontare sostanzialmente corrispondente (da uno a tre anni di reclusione, l'art. 292; da sei mesi a tre anni di reclusione, l'art. 299).

La riforma in questione, infine, ha cercato di superare alcuni problemi di offensività posti dalla categoria dei reati d'opinione. In particolare, ha abrogato alcune fattispecie incriminatrici, come quelle di "Attività antinazionale del cittadino all'estero" (art. 269 c.p.), di "Propaganda e apologia sovversiva o antinazionale" (art. 272 c.p.), di "Lesa prerogativa della irresponsabilità del presidente della Repubblica" (art. 279 c.p.), oltre che alcune circostanze aggravanti (come quelle di cui agli artt. 292-bis e 293 c.p.). Tuttavia, il legislatore ha mantenuto tutte le fattispecie incriminatrici di condotte di vilipendio politico e di vilipendio religioso. Inoltre, la l. n. 85/2006 non si è pronunciata sull'apologia di delitto di cui al comma 3 dell'art. 414 c.p., il che è criticabile sia per il fatto che tale reato di opinione è uno dei più problematici da un punto di vista teorico e della sua compatibilità con la libertà d'espressione nonché con i principi di materialità e offensività del reato, sia perché ciò rischia di vanificare altre parti dell'intervento legislativo, che pure sembrano caratterizzarsi per una qualche sensibilità rispetto ai problemi di offensività della categoria dei reati d'opinione.

Inoltre, il permanere, nella sua originaria integrità, della fattispecie di apologia di delitto, punita con la reclusione da uno a cinque anni, rischia di rendere inutile l'abrogazione dell'art. 272 c.p., nei limiti in cui è ragionevole pensare che un'attività di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale, consistendo nella propaganda ed apologia di attività violente, difficilmente potrà non passare attraverso l'apologia di un qualche delitto.

Dunque, si auspica una nuova riforma che permetta di risolvere le problematiche lasciate aperte da tale legge. Nel frattempo, per risolvere il conflitto fra la categoria dei reati di opinione e il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., si ricorre alla scriminante dell'art. 51 c.p., nella parte in cui stabilisce che «la punibilità è esclusa quando il fatto costituisca esercizio di un diritto»[180]. Infatti, poiché i reati di opinione incriminano forme di esercizio del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, una corretta applicazione di tale articolo permetterebbe, a chi dovesse porre in essere uno di tali reati, di non essere punito, avendo esercitato un diritto costituzionalmente riconosciuto.

[180] V. art. 51 c.p.

6. Possibili soluzioni

Il nostro ordinamento prevede varie forme di tutela in caso di discriminazione[181].
Oltre alle classiche ipotesi di tutela individuale (tutela risarcitoria-compensativa o per equivalente, tutela costitutiva o dichiarativa, tutela in forma specifica), è possibile ricorrere ad azioni di carattere collettivo.
A titolo esemplificativo, pare utile richiamare l'azione civile contro la discriminazione prevista dall'art. 44 del T.U. sull'immigrazione. In base a tale articolo, nei casi di discriminazione perpetrati da un privato o da una p.a., a seguito di ricorso, il giudice può ordinare l'inibizione del comportamento discriminatorio e provvedere in qualsiasi altro modo egli ritenga idoneo a eliminare gli effetti della discriminazione.
A livello processuale, è prevista una forma di procedimento sommario, particolarmente semplificato, che dovrebbe rendere più facile l'accesso alla tutela giudiziaria dello straniero. La domanda ha la forma del ricorso, non è sottoposta agli oneri di allegazione imposti dalle disposizioni che disciplinano l'ordinaria azione di cognizione e non è necessario l'ausilio del difensore, potendo il ricorso essere presentato personalmente. Il ricorso al tentativo di conciliazione è facoltativo, e dunque non influisce sulla procedibilità del ricorso.
Più precisamente, «il Tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto»[182].
«Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindi giorni, assegnando all'istante un termine non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il tribunale

[181] In argomento RIVERSO, *Le discriminazioni: tra diritto speciale e mezzi di tutela*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 274.
[182] Così art. 44, co. 3, d. lgs. n. 286/1998.

in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto»[183].

L'azione che il soggetto può avviare *ex* art. 44 può essere intrapresa in presenza della semplice generazione di un effetto discriminatorio, e cioè «di un dato oggettivo in base al quale ad una persona straniera sia stato precluso l'accesso ad un determinato servizio, attività, o, comunque, ad un bene della vita a cagione di un atto o comportamento posto in essere da un soggetto pubblico o privato»[184], non essendo necessario provare che il comportamento da punire sia mosso da un intento discriminatorio o improntato a motivi di razzismo o nazionalismo.

Per quanto riguarda poi il regime probatorio, il giudice ha poteri d'ufficio molto ampi, potendo procedere «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto»[185]. Inoltre, la parte è facilitata nel fornire la prova della condotta discriminatoria, potendo il giudice desumerla anche da fatti indiretti attraverso il ragionamento tipico delle presunzioni (che consente di risalire al fatto ignoto dal fatto noto) e soprattutto la parte può dedurre la prova attraverso dati statistici relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.

Il risarcimento del danno, poi, comprende anche il danno non patrimoniale, ossia quello derivante dall'offesa alla dignità della persona.

Quanto alla giurisdizione, laddove l'oggetto del giudizio riguardi la tutela del principio di non discriminazione, trattandosi di un diritto soggettivo che ha come obiettivo quello di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, essa spetta al giudice ordinario.

L'art. 44 del Testo Unico sull'Immigrazione riconosce quale giudice competente nei giudizi aventi ad oggetto le discriminazioni soltanto il giudice ordinario, senza distinguere fra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato, ma anzi stabilendo che tale competenza sussiste anche qualora la condotta discriminatoria sia stata posta in essere da una pubblica amministrazione.

---

[183] V. art. 44, co. 5, d. lgs. n. 286/1998.
[184] Cfr. RIVERSO, cit., 277.
[185] Sul punto RIVERSO, cit., 277.

È competente, invece, il giudice del lavoro nei casi in cui la discriminazione nasca, inerisca o risulti connessa ad un rapporto di lavoro, in conformità ai principi e secondo un'esigenza di razionalità del sistema.

Questa soluzione trova conferma anche nell'esplicito richiamo, contenuto nell'art. 4 del d. lgs. n. 215/2003, alla clausola di esclusione delle categorie professionali per le quali non è prevista la giurisdizione del giudice del lavoro, ma quella del giudice amministrativo.

Dunque, la competenza del giudice del lavoro, del giudice civile o di quello amministrativo sussisterà in base alla materia devoluta alla cognizione del giudicante e del soggetto interessato.

Competente per territorio è il giudice monocratico del Tribunale del luogo di domicilio del ricorrente, mentre, per quanto riguarda la competenza *ratione materiae*, le controversie relative alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro sono devolute, ai sensi della previsione generale contenuta nell'art. 409 c.p.c., al giudice del lavoro.

Quando la discriminazione coinvolge una molteplicità di individui ed è posta in essere da un datore di lavoro pubblico o privato, possono presentare la domanda al giudice anche il sindacato *ex* art. 44, co. 10 o le rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

In conclusione, il giudice, una volta accertata la sussistenza della discriminazione, ordina al datore di lavoro di definire un piano di rimozione della stessa.

Per garantire un'effettiva lotta alla discriminazione, però, non basta solo la tutela in sede giudiziale[186]. Infatti, proprio perché gli atteggiamenti discriminatori nascono dalla paura, per poter superare gli stessi è necessario ricorrere a strumenti come la cultura e la politica i quali, promuovendo l'integrazione sociale, possono nel lungo termine garantire una maggiore coesione sociale e sicurezza.

In questo contesto il dialogo assume un ruolo fondamentale in quanto, se basato sul rispetto delle differenze, aiuta l'apertura all'altro e la comprensione dell'estraneo senza rinunciare alla propria specificità culturale[187].

[186] In argomento RIVERSO, cit., 282.

[187] Sul punto CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007, 23.

L'importanza della cultura e del ruolo della politica sono evidenziate anche da altra parte della dottrina[188], secondo la quale, per contrastare fenomeni come il proselitismo estremista, è necessario impedire la marginalizzazione delle singole culture e appartenenze politiche e garantire la loro integrazione, il che, tra l'altro, concorre a spiegare perché lo strumento penale risulti inadeguato per raggiungere tale scopo.

A sostegno di quest'ultima affermazione, in via esemplificativa, si ricorda che, nel 2019, a causa dell'intensificarsi dei fenomeni di odio, il Senato ha approvato una mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, firmata, tra gli altri, da Liliana Segre[189]. Alla stessa sono affidati compiti di osservazione, studio e iniziativa per l'indirizzo e controllo sui fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base di alcune caratteristiche quali l'etnia, la religione, la provenienza, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche. La Commissione può indirizzare l'attuazione delle convenzioni e degli accordi sovranazionali e internazionali e della legislazione nazionale relativi ai fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e di istigazione all'odio e alla violenza, nelle loro diverse manifestazioni di tipo razziale, etnico-nazionale, religioso, politico e sessuale. Inoltre, la Commissione riveste un ruolo propositivo, di stimolo e di impulso, nell'elaborazione e nell'attuazione delle proposte legislative, promuovendo anche ogni altra iniziativa utile a livello nazionale, sovranazionale e internazionale.

Essa si occupa anche di raccogliere, riordinare e pubblicare, annualmente, sia normative statali, sovranazionali e internazionali sia ricerche e pubblicazioni scientifiche, anche periodiche, in materia, sia anche dati statistici, nonché informazioni, dati e documenti sui risultati delle attività svolte da istituzioni, organismi o associazioni che si occupano di questioni attinenti ai fenomeni di intolleranza, razzismo e antisemitismo sia dei fenomeni di c.d. *hate speech*.

---

[188] Così PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *MediaLaws*, 2018, 3, 87.

[189] V. GOISIS, *Crimini d'odio. Il senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, cit., 7.

In particolare, in relazione al fenomeno dei discorsi d'odio, si afferma che «è un fatto che non esiste ancora una definizione normativa di hate speech; tuttavia in base alla raccomandazione n. (97)20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 ottobre 1997, il termine copre tutte le forme di incitamento o giustificazione dell'odio razziale, xenofobia, antisemitismo, antislamismo, antigitanismo, discriminazione verso minoranze e immigrati sorrette da etnocentrismo o nazionalismo aggressivo. Per meglio definire il fenomeno si ricorre alle categorie dell'incitamento, dell'istigazione o dell'apologia. Il termine incitamento può comprendere vari tipi di condotte: quelle dirette a commettere atti di violenza, ma anche l'elogio di atti del passato come la Shoah; ma incitamento è anche sostenere azioni come l'espulsione di un determinato gruppo di persone dal Paese o la distribuzione di materiale offensivo contro determinati gruppi»[190].

Per quanto riguarda invece gli organi che a livello nazionale si occupano di combattere il fenomeno della discriminazione e dei discorsi d'odio, degni di menzione sono, in particolare, l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) e l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD).

L'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR) è un organo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e si occupa di «promuovere la parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica»[191] . Invece, l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD) consiste in un organismo incardinato nell'ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza che si occupa di offrire un supporto alle vittime dei reati d'odio[192] .

---

[190] Così Atto n. 1-00136 (2019), in *https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/antidiscriminazioni18/Mozione_1_136_Istituzione_Commissione_antidiscriminazioni.pdf.*

[191] Cfr. https://it.wikipedia.org/wiki/Ufficio_nazionale_antidiscriminazioni_razziali.

[192] V. https://www.interno.gov.it/it/ministero/osservatori-commissioni-e-centri-coordinamento/osservatorio-sicurezza-contro-atti-discriminatori-Oscad#:~:text=Osservatorio%20per%20la%20sicurezza%20contro%20gli%20atti%20discriminatori%20%2D%20OSCAD,-Opera%20presso%20il.

CAPITOLO III

I DISCORSI D'ODIO ONLINE

1. I discorsi d'odio online

1.1 Il fenomeno degli *hate speeches* online

Attualmente, a causa dell'importante evolversi delle tecnologie, il fenomeno dell'*hate speech* ha incontrato nuove criticità[1]. La diffusione dei *social network* ha infatti comportato un'intensificazione dello stesso.

Alcune caratteristiche della rete, quali «la velocità istantanea di diffusione dei messaggi, la possibilità di raggiungere immediatamente milioni di destinatari, la capacità del contenuto offensivo di sopravvivere per un lungo periodo di tempo oltre la sua immissione anche in parti del *web* diverse da quelle in cui era stato originariamente inserito, nonché la natura transnazionale degli intermediari informatici, rendono più semplice la diffusione dei messaggi discriminatori e dunque ne aumentano le potenzialità offensive»[2]

A ciò si aggiunge la mancanza di inibizioni del pubblico nell'esprimere i propri sentimenti, anche quando gli stessi siano di cattivo gusto e dunque difficilmente accettati *offline*, dovuto alle seguenti ragioni.

Innanzitutto, bisogna considerare che i *social network* sono accessibili a chiunque: basta possedere un *computer*, un *tablet* o uno *smartphone* ed avere una connessione ad *Internet* per poter partecipare al dibattito pubblico e dunque proporre idee, commentare le opinioni espresse da altri, ecc.[3].

In secondo luogo, su *Internet* è possibile agire in maniera anonima, il che riduce fortemente la probabilità del singolo di essere chiamato a rispondere delle proprie condotte[4].

---

[11] Così NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?,* in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 6.
[2] V. NARDI, cit., 6.
[3] Cfr. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 2018, 1, 3.
[4] V. NARDI, cit., 7.

Inoltre, all'interno dei *social network* entrano in funzione i meccanismi tipici dell'agire di massa: esemplari a tal proposito sono la logica della condivisione di Facebook e quella del *retweet* di Twitter. Di fatto, l'utente che fa parte di un gruppo, confondendosi con lo stesso, perde la sua individualità ed il suo senso di responsabilità.[5]

Infine, la mancanza di un contatto diretto con la vittima desensibilizza gli odiatori in quanto fa percepire loro il disvalore del crimine commesso *online* in misura inferiore rispetto ad un eventuale reato posto in essere *offline*[6].

Fatta questa premessa, dunque, emergono alcuni interrogativi cui si tenterà di rispondere: occorre chiedersi, in primo luogo, che natura abbiano i *social network* e quale sia il ruolo dell'*Internet Service Provider* e, in secondo luogo, quali soluzioni siano state previste a livello nazionale ed europeo per contrastare i discorsi d'odio *online*.

2. La responsabilità degli *Internet Service Providers*

2.1 La qualificazione giuridica del contratto di accesso ad *Internet* e la natura pubblica o privata dei *social network.*

Le prime questioni che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato in relazione ai *social network* ineriscono alla natura del contratto di accesso ad *Internet*.

Per ciò che attiene alla qualificazione giuridica del contratto di accesso ad *Internet*, ossia del contratto attraverso cui l'ISP fornisce al cliente la connessione alla rete ed ulteriori servizi in cambio di uno specifico compenso, taluni ritengono che lo stesso sia assimilabile al contratto di somministrazione[7], mentre secondo altri sarebbe più compatibile con il contratto di appalto di servizi.[8]

In relazione a tale questione, guardando in particolare all'attività dei gestori delle piattaforme dei *social networks,* parte della dottrina sostiene che, poiché il contratto tra gestore ed utente del *social networks* rileva da un punto di vista giuridico ed

[5] Così SPENA, *La parola odio - sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech* cit., 580.
[6] In tal senso NARDI, cit., 7.
[7] Così BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *www.altalex.com*, 2002, non c'è pagina.
[8] Sul punto BOCCHINI, cit., non c'è pagina.

economico solo se consente l'interconnessione tra i vari utenti, lo stesso andrebbe ricondotto alla figura del contratto di rete[9]. Altra parte della dottrina, poi, ritenendo che il rapporto tra gestore ed utente non rientra nello schema sinallagmatico del *do ut des* − in quanto l'utente non paga un corrispettivo per usufruire del servizio e non sorgono obblighi in capo al gestore − giunge alla conclusione che si tratti di un negozio gratuito atipico, che apporta un mero vantaggio o interesse ad una delle parti senza che vi sia l'impoverimento del soggetto che dispone del diritto (come avviene invece per la donazione).[10]

Altri autori[11] si sono, invece, soffermati più che sui vincoli bilaterali esistenti tra gestore e fruitore del *social networks*, sui rapporti c.d. orizzontali tra gli utenti, essendo le regole di funzionamento ed organizzazione della piattaforma *online* rivolte a questi ultimi come soggetti appartenenti ad una determinata comunità, riconoscendo al contratto carattere associativo (ricostruzione che, però, risulta problematica, in quanto dalla registrazione o iscrizione − atto con cui si aderisce al *social network* − non emerge alcuna volontà associativa − cioè di creazione di una comunità virtuale tra i diversi utenti − ma solo la volontà di accedere ad una piattaforma).

Taluni[12] si sono addirittura posti il dubbio se sia possibile definire come contrattuale il rapporto tra utente e gestore del social, dal momento che, di regola, sono gli stessi fornitori del servizio a qualificarlo come tale, mentre dall'analisi delle clausole di iscrizione risulta l'assenza di obbligazioni reciproche e l'esclusione o forte limitazione di responsabilità da parte del gestore.

Infine, vi è un ultimo orientamento, secondo cui il contratto dei *social network* costituirebbe un contratto di scambio di godimento di beni immateriali: l'utente dispone del suo diritto alla *privacy* e del controllo dei dati personali in funzione dell'utilizzo della piattaforma, permettendo in cambio al *social network* l'invio di pubblicità mirata. Si realizza, quindi, uno scambio tra dati personali e uso della piattaforma, scambio da intendere, in senso giuridico, come reciproco trasferimento

[9] V. COSIO, cit., 140.

[10] Cfr. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, 4/5, 636.

[11] In argomento VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, 235.

[12] V. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 98.

di beni o servizi attuato nell'ambito di un unico disegno negoziale.[13] Ci si trova, dunque, di fronte ad una complessa operazione economica, consistente in un collegamento negoziale tra il contratto concluso tra utente e gestore del *social network* e quello stipulato da quest'ultimo con gli inserzionisti pubblicitari, che finanziano le aziende che gestiscono i *social network*. Quindi, come emerge da quanto appena affermato, il nucleo dell'attività dei *social network* è la raccolta e gestione dei dati personali, che le nuove tecnologie interattive trasformano in "merce di scambio".

In conclusione, tra quelle esaminate, risulta preferibile la tesi che qualifica il contratto di *social network* come contratto di scambio di godimento di beni immateriali (dati personali-uso della piattaforma), dal momento che il diritto di utilizzare la piattaforma è concesso all'utente in funzione della raccolta e dello sfruttamento dei suoi dati personali da parte del *social network*.

Date queste premesse, si può arrivare a qualificare il gestore di *social network* quale prestatore di servizi della società dell'informazione. Infatti, la direttiva 1998/34/CE definisce tali servizi all'art. 1, punto 2 come «le attività svolte *online* nonché qualsiasi servizio dell'informazione, cioè qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, a richiesta individuale di un destinatario di servizi»[14], mentre la direttiva 2000/31/CE definisce all'art. 2, lett. b) il prestatore di servizi come «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione»[15].

Per quanto riguarda invece la questione della natura (pubblica o privata) dei *social network*, i due orientamenti principali che sono emersi in relazione ad essa possono essere descritti come segue.

Secondo un primo orientamento, i *social network* avrebbero natura pubblica.[16]

Nel secolo scorso, in cui prevaleva una visione del diritto pubblico improntata alla centralità dello Stato, è stata elaborata una concezione soggettiva di servizio

[13] Così COSIO, cit., 144.

[14] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *direttiva 1998/34/CE*, art. 1 punto 2.

[15] V. PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *direttiva 2000/31/CE* relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, art. 2 lett. b).

[16] Così PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su Casapound risolleva la quaestio dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 1205.

pubblico, secondo la quale esso consiste in «un'attività: a) tesa a soddisfare un bisogno di interesse generale della collettività (elemento materiale); b) assunta come compito proprio e svolta da un soggetto formalmente pubblico (elemento organico); c) sottoposta a un regime giuridico speciale (elemento formale)»[17].

Dunque, la concezione soggettiva di servizio pubblico si basava principalmente sulla decisione della P.A. di assumere un'attività come servizio pubblico, così conseguendone la titolarità (da non confondere con l'esercizio, che può essere affidato a privati, senza con ciò far venire meno il legame con la struttura organizzativa della collettività).

Di conseguenza, nell'ottica del diritto amministrativo, un servizio pubblico in senso stretto sussisterebbe solo in relazione a compiti che il soggetto pubblico consideri come propri nell'ambito delle sue competenze istituzionali, compiti che possono essere svolti anche da persone fisiche o giuridiche private − tramite un provvedimento che in genere ha natura concessoria − rimanendo l'attività riferita all'organizzazione pubblica e non richiedendo la stessa l'esercizio di poteri autoritativi.

Successivamente, durante la fase dello Stato regolatore − sorta a seguito della fine dello Stato imprenditore e per effetto dei fenomeni della privatizzazione e della liberalizzazione dei settori economici in mano pubblica − la materia dei servizi pubblici è divenuta indipendente rispetto a quella dell'organizzazione dei poteri pubblici: lo Stato non si occupa più di procurare direttamente i servizi, ma di garantire, attraverso gli strumenti della regolazione, che essi siano forniti alla collettività. Quindi, per la concezione oggettiva di servizio pubblico, l'elemento centrale che caratterizza tale nozione non è rappresentato dalla titolarità, ma dalla natura dell'attività erogata e dalla sua rispondenza ad un interesse generale.

A questo punto, ci si chiede se Facebook (e qualsiasi altro *social network*) eroghi un servizio pubblico.

Allo stato attuale, non sembra possibile rispondere in senso affermativo, essendo necessaria una norma che ne preveda l'istituzione obbligatoria e la disciplina o che affidi all'Amministrazione il compito di istituirlo ed organizzarlo.

[17] V. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 366.

Inoltre, in relazione ai *social network* non esiste neanche una riserva legale che permetta allo Stato di operare in qualità di agente non proprietario regolatore e garante, in via amministrativa (come avviene invece nel caso delle radiofrequenze ove si giustifica l'intervento statale − che si realizza attraverso l'opera del Ministero dello sviluppo economico e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) − in ragione del loro importante valore sociale, culturale ed economico, nonché del fatto che consistono in un bene pubblico a fruizione collettiva e, nel contempo, in una risorsa pubblica molto limitata).

Pertanto, stando così le cose, non è possibile ricorrere alla nozione tradizionale di servizio pubblico per inquadrare i *social network*, presentando questi ultimi connotati molto diversi dai tradizionali servizi pubblici regolati (energia, acqua, rifiuti, comunicazioni elettroniche, ecc.) e consistendo in una categoria in continua evoluzione.

Date queste premesse, si consideri che, se, come emerge da quanto sopra riportato, ancora oggi non è chiara la natura di Facebook e di conseguenza come lo stesso debba essere regolamentato, non vi sono dubbi sugli eventuali pericoli che possono sorgere in caso di una scarsa regolamentazione degli stessi: «i discorsi d'odio, le notizie false e la propaganda politica intenzionalmente fuorviante, che proliferano online e minacciano la democrazia»[18].

Sulla questione ora in esame si sono pronunciati importanti autori,[19] che hanno evidenziato come da tempo i *social network* siano diventati "un pezzo di infrastruttura democratica immateriale" per cui i *provider* non possono sorvolare su eventuali episodi di odio che si verificano nelle piattaforme da loro gestite. Di conseguenza, non potendo i *social network* essere definiti beni privati, lo Stato sarebbe legittimato a ricorrere ad alcune forme di ingerenza nella rete.

Tuttavia, per quanto rilevante risulti il dibattito sulle piattaforme digitali, rimane fuori discussione il carattere atipico del funzionamento di tali piattaforme ed il rapporto tra gestori delle piattaforme e utenti. Infatti, mentre le riviste o le reti televisive private possono decidere liberamente la propria linea editoriale e censurare velocemente comportamenti scorretti, i gestori dei *social network* non

[18] V. PIVA, cit., 1214.

[19] In argomento FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei "social network" sui discorsi d odio "online",* in *MediaLaws*, 2020, 3, 148.

sono strutturalmente in grado di gestire questo tipo di controllo, data la rapidità e la molteplicità delle condotte suscettibili di essere poste in essere al loro interno.
Per concludere, i *social network* sono soggetti privati che stipulano accordi di natura privatistica con i propri utenti, tra cui rientrano anche le regole di comportamento da osservare nella discussione e condivisione di contenuti, nonché le sanzioni comminabili in caso di violazione. Allo stesso tempo, la rilevanza pubblica della realtà virtuale comporta la necessità che l'ordinamento trovi forme di regolamentazione e controllo rispettose della peculiare natura del contesto *online* e in particolare delle piattaforme private di condivisione e scambio di contenuti.
Ad ogni modo, per capire meglio tale questione, si analizzano di seguito i casi CasaPound e Forza Nuova.

2.1.2 Il caso CasaPound

La vicenda "CasaPound" trae origine dalla disattivazione da parte di Facebook, il 9 Settembre 2019, degli *account* Facebook e Instagram del partito CasaPound Italia e del suo dirigente nazionale, in quanto ritenuti contrari alle condizioni d'uso di tale piattaforma[20]. In particolare, secondo gli *standard* della *Community*, CasaPound rientrerebbe tra le organizzazioni che incitano all'odio, consistendo le stesse in «qualsiasi associazione di almeno tre persone organizzata con un nome, un segno o simbolo e che porta avanti un'ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità»[21].
Più precisamente, Facebook reprime la promozione della violenza o gli atti di violenza e i discorsi e l'istigazione all'odio non solo *online* ma anche *offline*. Nel caso di specie, alcuni contenuti pubblicati nella pagina di CasaPound erano stati valutati come casi di "incitamento all'odio e alla violenza" verso talune minoranze. A seguito di ciò, il movimento CasaPound e Davide Di Stefano, suo dirigente nazionale, hanno presentato ricorso *ex* art 700 c.p.c. nei confronti di Facebook,

[20] Cfr. LO PRESTI, CasaPound, *Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Quad. cost.*, 2020, 2, 926.
[21] *https://www.facebook.com/communitystandards/.*

chiedendo un provvedimento cautelare al fine di ottenere l'immediata riattivazione degli account di riferimento.

I ricorrenti hanno individuato il *fumus boni iuris* nella violazione delle regole contrattuali da parte dei *social network* e il *periculum in mora* nel grave pregiudizio, anche in termini di danno all'immagine, determinato dalla chiusura della pagina del movimento accusato di "diffondere odio"[22].

Per ciò che attiene al primo presupposto, il Tribunale di Roma ha ritenuto che le misure adottate da Facebook risultavano contrarie a quanto previsto dall'art. 49 Cost.[23] in quanto la disattivazione della pagina di CasaPound coinciderebbe con l'esclusione di tale soggetto dal dibattito pubblico e politico nazionale[24]. In particolare, il Tribunale di Roma ha evidenziato come la chiusura della pagina di CasaPound da parte di Facebook costituisse un indebito giudizio di merito sulla democraticità del programma politico e dei fini dell'organizzazione politica ricorrente, in quanto tale contraria alla legittima costituzione del partito in questione nel 2009.

Inoltre, anche il richiamo di alcuni episodi riguardanti esponenti di questo partito politico − ulteriore motivazione utilizzata da Facebook a giustificazione della misura sanzionatoria − non è stata ritenuta sufficiente a legittimare l'interdizione della libera espressione del pensiero politico su Facebook, poiché l'ordinamento italiano non annovera tra le forme di responsabilità oggettiva quella dei partiti politici per le condotte illecite dei propri aderenti, ed inoltre tali episodi non erano stati riportati nella pagina del partito.

Invece, quanto al *periculum in mora*, gli accorgimenti posti in essere da Facebook, proprio per l'importanza del servizio offerto quale mezzo di attuazione del pluralismo politico, avrebbero dato luogo ad un pregiudizio tale da non poter essere riparato per equivalente o comunque integralmente riparato[25].

---

[22] Sul punto PIVA, cit., 1197.

[23] Cfr. art. 49 Cost.: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale».

[24] Così LO PRESTI, cit., 927.

[25] V. Trib. Roma, Sez. specializzata in materia d'impresa, 12.12.2019, n. 59264, in *www.globalfreedomofexpression.columbia.edu.*

Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. e ha ordinato l'immediata riattivazione della pagina di CasaPound Italia e del profilo personale del dirigente della stessa.

A sostegno delle conclusioni cui è giunto il giudice cautelare, si può richiamare il provvedimento emesso dal Tribunale di Roma a seguito della presentazione da parte di Facebook del reclamo *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c. In particolare, il collegio giudicante ha qualificato il rapporto tra la piattaforma e il partito come un contratto "per adesione" atipico, in base al quale il gestore fornisce gratuitamente un servizio di condivisione di documenti e di comunicazione e l'utente si impegna a rispettare determinate condizioni di utilizzo, le quali costituiscono il primo parametro che deve essere preso in considerazione per valutare la legittimità dell'esercizio del potere di recesso del fornitore del servizio. In seguito, il collegio ha precisato che anche in relazione ai rapporti contrattuali di diritto privato sussistono dei limiti esterni, individuabili nelle clausole ordinamentali dell'ordine pubblico, del buon costume, della buona fede e del divieto di abuso del diritto[26]. Più in generale, i privati non possono stabilire condizioni contrattuali che si sostanzino nella limitazione di diritti costituzionalmente garantiti.

Ad esempio, nel caso in questione, le misure adottate da Facebook in ossequio alle regole contrattuali relative alla pubblicazione dei contenuti contrari agli "*standard* della comunità" avrebbero determinato un'illegittima compromissione della libertà di associazione e di manifestazione del pensiero.

Ulteriore questione analizzata dal collegio attiene alla qualificazione, da parte di Facebook, di CasaPound come "associazione illegittima". Lo stesso ritiene tale definizione arbitraria poiché, in tal modo, «il giudizio di valore sui riferimenti storici ed ideali richiamati da ciascun attore del dibattito politico rimane affidato al libero confronto delle idee»[27].

Infine, il collegio ha richiamato la considerazione, già espressa dal giudice cautelare monocratico, in base alla quale la presenza di CasaPound nel panorama politico italiano da diverso tempo avvalorerebbe l'idea della conformità della stessa all'ordinamento giuridico, ed ha ricordato come tale valutazione incontri comunque

[26] In tal senso LO PRESTI, cit., 924 ss.

[27] Cfr. Trib. Roma, sez. civ. XVII, 29.04.2020, n. 80961, in *www.media2-col.corriereobjects.it, punto 24.*

il limite del circoscritto oggetto del giudizio in esame, non essendo pertinente in tale procedimento la questione relativa alla liceità di tale associazione politica.
Il collegio, dunque, ha rigettato il reclamo, ritenendo ingiustificata da ogni punto di vista indicato da Facebook l'esclusione di CasaPound dalla piattaforma.

2.1.3 Il caso Forza Nuova

Nel 2020, viene presentato ricorso al Tribunale di Roma *ex* art. 700 c.p.c. per conto del partito Forza Nuova, a seguito della disattivazione da parte di Facebook della pagina relativa a tale partito e dei profili personali appartenenti a militanti di quest'ultimo, amministratori di numerose pagine[28].
Tale episodio appare analogo a quella relativo al partito CasaPound sia da un punto di vista processuale che sostanziale.
Vi sono, però, delle peculiarità ravvisabili nell'ordinanza del tribunale di Roma[29].
In primo luogo, Forza Nuova è definita un'"organizzazione d'odio". In particolare, secondo gli *standards* di Facebook è tale «qualsiasi associazione di almeno tre persone organizzata con un nome, un segno o simbolo e che porta avanti un'ideologia, dichiarazioni o azioni fisiche contro individui in base a caratteristiche come razza, credo religioso, nazionalità, etnia, genere, sesso, orientamento sessuale, malattie gravi o disabilità»[30].
Il Tribunale di Roma, proprio sulla base dei contenuti pubblicati sulla pagina del partito, ha giudicato plausibile tale qualificazione. In particolare, ha ritenuto che il contenuto delle pagine oscurate violasse i valori fondamentali richiamati in molti atti di carattere internazionale ed europeo, accomunati dal divieto di ogni discriminazione, limite imprescindibile della libertà di espressione.[31]
Oltre a tali fattori, il Tribunale di Roma ha evidenziato come rilevasse altresì il fatto che tali condotte fossero state commesse *online*: la velocità di diffusione dei

[28] Sul punto LO PRESTI, cit., 931.
[29] V. Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 23.02.2020, n. 64894, in *www.asgi.it.*
[30] Così LO PRESTI, cit., 932.
[31] Ad esempio, secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per capire se una condotta possa essere ritenuta incitante alla violenza o all'odio razziale, rilevano elementi quali il modo in cui la comunicazione viene effettuata, il linguaggio usato, il contesto in cui è inserita, il numero di persone a cui è rivolta, la posizione che ricopre l'autore della dichiarazione.

messaggi, l'elevato numero di destinatari nonché la permanenza nel *web* del contenuto offensivo per un lungo arco di tempo, anche in parti del *web* diverse da quelle in cui era stato originariamente caricato, permettono di agevolare la realizzazione di condotte di *hate speech* .

In secondo luogo, un'altra differenza del caso in esame rispetto a quello che ha interessato CasaPound consisteva nella possibile rilevanza penale delle condotte addebitate a Forza Nuova.

Il giudice cautelare ha confrontato le fattispecie previste dalla legge Scelba (l. n. 645/1952) , in particolare il reato di apologia del fascismo (art. 4), e le condotte sanzionate dalla legge Mancino, a partire da quella di "esibizionismo razzista" che punisce «chiunque, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori od ostenta emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni razziste».[32]

Dal momento che tra le due leggi sussiste un rapporto di specialità, dovrà aversi riguardo alla «idoneità o meno delle condotte a creare il concreto pericolo di ricostituzione del partito fascista»[33]: solo in quest'ultimo caso si applicherà la legge Scelba, mentre qualora la condotta abbia solo carattere personale, si applicherà la legge Mancino. In particolare, nel caso in questione, il giudice cautelare ha ritenuto sussumibili gli episodi verificatisi alla fattispecie di apologia del fascismo − senza spingersi sino all'enunciazione esplicita della condanna – e ciò poiché secondo lo stesso la propaganda di tesi razziste nei confronti di intere comunità per l'appartenenza a un certo gruppo etnico, realizzata attraverso strumenti che ne garantiscano un'elevata diffusività (come il *web*), costituisce una condotta di per sé pericolosa per l'assetto democratico.

Inoltre, l'uso di una piattaforma *social* a fini antidemocratici può essere considerata condotta rientrante nel divieto di riorganizzazione del partito fascista.

L'ultima peculiarità attiene alle condotte dei militanti che hanno portato all'oscuramento dei rispettivi profili: in particolare, si era ritenuto che le stesse si ponessero in un rapporto di continuità con le violazioni poste in essere da Forza Nuova, dal momento che i ricorrenti, nel caso in esame, avevano creato e

[32] V. art. 2 della l. n. 205/1993.

[33] Cfr. Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 23.02.2020, n. 64894, in *www.asgi.it.*

amministrato numerose pagine a scopo di propaganda in favore di Forza Nuova, diffondendo materiale che violava le clausole contrattuali stabilite da Facebook.
Di conseguenza, il giudice aveva ritenuto che Facebook, proprio per l'importante ruolo rivestito, non solo dovesse vigilare sui contenuti pubblicati dagli utenti ma dovesse anche intervenire.
Questa costituirebbe la principale differenza tra il caso in esame e quello relativo al partito CasaPound. Infatti esso lascerebbe intendere che Facebook, così come ogni altro *social network*, sia legittimato ad effettuare una prima valutazione di merito non solo del singolo contenuto pubblicato ma anche della democraticità dei soggetti politici di volta in volta coinvolti.

3. L'Internet Service Provider *(ISP)*

3.1 Le tipologie di ISP

Il *provider* è un soggetto che mette a disposizione degli utenti, su loro richiesta, una molteplicità di servizi[34].
Il codice del commercio elettronico individua varie tipologie di ISP.
Innanzitutto, l'art. 14 del Codice del Commercio Elettronico (d. lgs. n. 70/2003) stabilisce la disciplina applicabile al *mere conduit provider* o *access provider*, un soggetto che si occupa di trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni non proprie (cioè date dal destinatario di servizio) o di fornire l'accesso alla rete[35].
In particolare, offre servizi di 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.
Egli «non è responsabile delle informazioni trasmesse purché non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse»[36].

[34] Cfr. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1.
[35] Così GIACOPUZZI, *La responsabilità del provider,* in *www.diritto.it*, 2003, non c'è pagina.
[36] V. d. lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico, art. 14: Responsabilità nell'attività di semplice trasporto *(mere conduit)*.

Una seconda tipologia è quella del *caching provider*, il quale si occupa di conservare presso il proprio *server*, per un certo periodo, i dati cui hanno avuto accesso i fruitori del servizio, in modo da favorirne la consultazione in un secondo momento da parte di altri utenti[37].

Ai sensi dell'art. 15 del Codice del Commercio Elettronico, «lo stesso non risponde per l'attività svolta, a condizione che non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni e alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore, non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione»[38].

L'ulteriore tipologia è quella dell'*Internet Service Provider*, un soggetto che fornisce agli utenti servizi di connessione, messaggistica, memorizzazione e indicizzazione.

Vi è poi l'*hosting/content provider*, la cui attività spazia dalla mera gestione del sito sul *server*, con memorizzazione delle pagine *web*, alla tenuta degli archivi informatici del cliente, con conservazione dei files di *log*[39]. Tale soggetto «non è responsabile delle informazioni memorizzate a condizione che 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 e non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»[40].

L'*hoster* può essere passivo o attivo, a seconda che lo stesso si limiti a mettere a disposizione la piattaforma digitale a richiesta del destinatario, senza compiere

[37] In tal senso GIACOPUZZI, cit., non c'è pagina.
[38] V. d. lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico, art. 15: Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*).
[39] Così GIACOPUZZI, cit., non c'è pagina.
[40] Cfr. d. lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico, art 16: Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni (*hosting*).

alcuna attività sui *file* oggetto di archiviazione o, al contrario, compia attività ulteriori, come catalogarli, indicizzarli, ordinarli, selezionarli.

Più precisamente, in base al 42° Considerando della direttiva 2000/31/(CE), le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano solo i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine "tecnico, automatico o passivo", con la conseguenza che lo stesso «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate»[41].

Perciò, al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio possa essere limitata ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31/(CE), occorre esaminare se il ruolo svolto da detto soggetto sia neutro.

Sul punto, pare che la giurisprudenza italiana non sia riuscita, finora, ad indicare con chiarezza quali servizi aggiuntivi permetterebbero di far passare l'*hosting provider* da passivo ad attivo.

Un primo orientamento riteneva che avrebbe potuto determinare la qualificazione dell'*hoster* come attivo l'erogazione di servizi di visualizzazione ed indicizzazione di contenuti multimediali immessi dagli utenti in funzione (rispettivamente) del numero delle selezioni e della parola chiave, del titolo e della categoria di appartenenza, al pari dei servizi di pubblicità associata ai contenuti immessi secondo forme personalizzate basate sulla rilevazione delle attività sui *browser* degli utenti.[42]

Secondo un'altra tesi, invece, qualora il prestatore del servizio non agisca in alcun modo sul contenuto pubblicato dall'utente, ma semplicemente ne sfrutti commercialmente la presenza sul proprio sito, dovrà esserne esclusa la natura di *hosting provider* "attivo".[43]

Secondo parte della dottrina «il contributo causale dell'*hosting provider* attivo potrebbe essere riconosciuto come rilevante se inserendosi nell'*iter* esecutivo, almeno parzialmente, proseguisse quello messo in atto dall'autore primario o originario, emergendo quale indispensabile anello causale nella diffusione del contenuto illecito»[44].

---

[41] Sul punto ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.,* 2017, 2, 9.

[42] Cfr. Trib. Roma, Sez. IX civ., 15.07.2016, n. 14279, in *www.iusletter.com.*

[43] Cfr. Corte di Appello di Milano, 7.01.2015, n. 29, in *www.new.ilcaso.it.*

[44] In argomento ACCINNI, cit., 11.

3.2 Origine della responsabilità dell'ISP

In origine, la responsabilità che si poteva configurare in capo al *provider* aveva natura meramente civilistica e dunque si fondava sull'art. 2043 c.c.[45].

Nel tempo, la questione della natura della responsabilità dell'ISP è stata oggetto di diversi dibattiti[46].

Un primo orientamento sosteneva che il *provider* non fosse tenuto a verificare la liceità dei messaggi trasmessi *online* attraverso il suo tramite, per cui un'eventuale responsabilità sarebbe sussistita solo qualora lo stesso avesse scientemente contribuito alla realizzazione del danno.[47]

Secondo i sostenitori della tesi opposta, invece, si poteva configurare una responsabilità oggettiva dei *provider* per il materiale illecito caricato "per conto dei terzi".[48]

È stato successivamente osservato come, dal momento che gli ISP forniscono agli utenti il servizio di accesso alla rete *Internet*, la loro attività debba essere considerata un'attività commerciale. Però, non avendo il legislatore nazionale individuato uno specifico regime amministrativo per i *provider* su *Internet*, si è finito per applicare anche alle comunicazioni via *Internet* la disciplina vigente per i fornitori di servizi in materia di telecomunicazioni, con la conseguenza che l'ISP veniva considerato un mero "fornitore di servizi pubblici di telecomunicazioni".

Da ciò emerge l'importanza del ruolo rivestito dall'ISP nonché della necessità di compiere un continuo ed equo bilanciamento tra contrapposti diritti: da una parte il diritto di accesso a *Internet* e dall'altra l'onore, la reputazione, la sicurezza pubblica, la riservatezza, la proprietà intellettuale e la protezione dei minori.

Ad ogni modo, nonostante non sia espressamente prevista, sia a livello europeo che nazionale, una normativa che sancisca un obbligo di sorveglianza in capo agli ISP, la lacuna è stata colmata grazie alle numerose pronunce giurisprudenziali che nel prosieguo saranno oggetto di trattazione.

---

[45] V. art. 2043 c.c.: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

[46] Così MICELI, *Profili evolutivi della responsabilità in rete, in MediaLaws*, 2017, 1, 111.

[47] V. Trib. Napoli, 8.08.1997, n. 39685, in *www.civile.it.*

[48] Cfr. Trib. Napoli, 8 agosto 1997 in *www.civile.it.*

3.2.1 La disciplina normativa relativa alla responsabilità dell'ISP

Al *provider* si applica la disciplina della responsabilità oggettiva *ex* art. 2050 c.c., ferma restando l'esclusione di ogni obbligo di sorveglianza, come previsto dall'art. 17 del d. lgs. n. 70/2003[49].

L'art. 2050 c.c., rubricato "Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose", stabilisce il principio secondo cui coloro che nello svolgimento di attività pericolose procurano un danno, devono risarcirlo se non dimostrano di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare lo stesso.

Tale articolo abbraccia sia le attività pericolose tipizzate nel codice o in leggi speciali sia quelle che, per la loro propensione a produrre un rischio, si considerano attività pericolose (atipiche)[50]. La giurisprudenza[51] concordemente definisce le "attività pericolose" in modo ampio, ritenendo tali non solo le attività qualificate pericolose dagli artt. 46 ss. T.U.L.P.S.[52] o da altre leggi speciali, ma più in generale quelle che comportano la rilevante possibilità del verificarsi del danno per la loro natura e per le caratteristiche dei mezzi usati.

---

[49] Più precisamente, l'art. 17 prevede che «1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.
2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;
b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.
3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

[50] Così MICELI, cit. 113.

[51] V. Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2002, n. 10551, in *www.avvocatocivilista.net.*

[52] TESTO UNICO DELLE LEGGI DI PUBBLICA SICUREZZA (TULPS) (R.D. 18 Giugno 1931 n. 773) art. 46: «Senza licenza del ministro dell'interno è vietato fabbricare, tenere in deposito, vendere o trasportare dinamite e prodotti affini negli effetti esplosivi, fulminati, picrati, artifici contenenti miscele detonanti, ovvero elementi solidi e liquidi destinati alla composizione di esplosivi nel momento dell'impiego. È vietato altresì, senza licenza del ministro dell'interno, fabbricare polveri contenenti nitrocellulosa o nitroglicerina».

Per ciò che concerne la responsabilità dell'ISP, si ritiene che l'oggettiva pericolosità della relativa attività derivi da una particolare potenzialità lesiva rilevabile attraverso dati statistici, elementi tecnici e di comune esperienza. Proprio in considerazione di tale specificità, l'attività del *provider*, essendo caratterizzata da un potenziale elevato livello di pericolosità, è sussumibile nella fattispecie disciplinata dall'art. 2050 c.c.

Ciò implica l'obbligo per lo stesso di adottare condizioni di massima sicurezza e ogni accorgimento utile a prevenire l'evento dannoso, anche se il servizio fornito dallo stesso sia utilizzato da terzi, in forma attiva, mediante l'*uploading* ed il *downloading*.

Inoltre, per superare eventuali dubbi sull'attendibilità di tale tesi, è possibile effettuare un parallelismo con l'art. 15, co. 1, Codice della privacy che stabilisce il principio secondo cui il danno cagionato per effetto del trattamento di dati personali obbliga al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 c.c.

Secondo parte della dottrina, in questo modo il legislatore ha definito il trattamento dei dati personali in termini di attività pericolosa.[53] Si sostiene in particolare che «In effetti, è possibile considerare pericolosa l'attività di trattamento dei dati personali per sua natura, ovvero, in relazione al rischio che essa presenta di ledere i diritti fondamentali dell'interessato, considerando le finalità della legge, consistenti nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale. Ecco quindi che se il rischio tipico dell'attività di trattamento di dati personali è quello di ledere posizioni particolari e qualificate, dell'interessato, rischio che sussiste anche al di fuori dell'ipotesi di trattamento concernente dati sensibili, prende corpo il parallelismo con l'attività svolta dagli ISP»[54].

Il rinvio all'art. 2050 c.c. comporta un'inversione dell'onere probatorio che opera solo in relazione alla prova dell'elemento soggettivo della colpevolezza, tale per cui il preteso responsabile (ISP) dovrà dimostrare di avere adottato ogni cautela idonea ad evitare l'evento dannoso, mentre l'attore (danneggiato) dovrà provare il nesso causale tra condotta ed evento lesivo. Di conseguenza, l'ISP non potrebbe

[53] Così MICELI, cit., 114.
[54] Sul punto MICELI, cit., 114.

essere ritenuto responsabile nel caso in cui dimostrasse la mancanza di colpa e di aver agito con prudenza, diligenza e perizia, ovvero di «aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi»[55] *ex* art. 6 del d. lgs. 231/2001.

L'analisi appena svolta relativa agli strumenti di prevenzione e repressione utilizzabili in caso di realizzazione di illeciti *online* è particolarmente importante, in quanto dimostra che, anche nel caso in cui non avesse successo l'iniziativa dei *provider* volta all'autoregolamentazione, vi sarebbero comunque le basi per l'attuazione di una tutela che, in *extrema ratio*, potrebbe giungere a rivestire carattere penale.

Si auspica, in particolare, un intervento del legislatore che permetta di attribuire valore penale all'illecito oggettivamente imputabile all'ISP che non sia stato in grado di offrire prova liberatoria rispetto all'autonoma ipotesi di reato colposo, strutturata in forma omissiva, che troverebbe così disciplina simile a quella relativa al direttore responsabile di stampa periodica.

3.2.2 Autoregolazione vs regolazione

Prima di analizzare la questione relativa alla responsabilità penale del *provider*, risulta utile chiedersi quale strada sia preferibile tra quella di lasciare *Internet* come uno spazio senza regole specifiche per questa dimensione e quella di estendere allo stesso la logica dello Stato di diritto sottoponendolo a regole di garanzia delle nostre libertà.

Una soluzione potrebbe essere quella di lasciare alle grandi piattaforme il compito di fare una scrematura dei contenuti che dovrebbero passare attraverso i loro *server*[56]. Trattasi di un esempio di autoregolazione intrapresa sia nelle ipotesi di modifica unilaterale degli algoritmi usati da Google o da Facebook o dei controlli da questi ultimi affidati a soggetti terzi, che con riguardo alle *fake news* e all'*hate speech* e al contrasto delle informazioni che possono essere utilizzate dai terroristi.

[55] Cfr. d. lgs n. 231/2001, art. 6, co. 1, lett. a).
[56] Così PITRUZZELLA, cit., 25.

Qualora il modello prescelto fosse invece quello della etero-regolazione – ossia una regolazione pubblica in base alla quale i *social network* dovrebbero essere responsabili per i contenuti che ospitano – l'attività di filtraggio posta in essere dalle grandi piattaforme dovrebbe ritenersi ancora più marcata, in quanto il controllo diventerebbe inevitabilmente più penetrante e intrinsecamente volto ad errori.

Quanto all'etero-regolazione, nella pratica si potrebbero percorrere due strade: « Il suddetto principio potrebbe essere declinato o nella forma più radicale dell'attribuzione alle società che gestiscono le piattaforme della qualifica giuridica di editore, analoga a quella propria di chi detiene i media tradizionali, con la conseguente attribuzione della responsabilità per tutto ciò che viene ospitato, oppure nella forma che, senza arrivare ad una piena equiparazione con gli editori, preveda comunque l'obbligo di rimozione (la cui inosservanza fa scattare importanti sanzioni) dei contenuti illegali lesivi dei diritti fondamentali.

La prima impostazione sposa la tesi del non intervento della regolazione pubblica, mentre l'altra auspica una decisa innovazione del quadro legale che introduca una forma di responsabilità giuridica di motori di ricerca e social media per i contenuti che essi ospitano».[57]

In tale seconda ipotesi, però, occorre interrogarsi in merito all'opportunità di affidare a delle compagnie multinazionali, e quindi a soggetti privati dotati di grande potere economico nonché di prestigio, il dominio sul controllo di ciò che può circolare in rete, dando luogo a una forma di censura privata.

A tal proposito, una soluzione plausibile potrebbe essere quella di mettere a punto nuove regole che tengano conto delle peculiarità della libertà di informazione nell'era di *Internet*: più precisamente, si potrebbero proteggere le innovazioni previste dalle principali piattaforme, ma allo stesso tempo si potrebbe stabilire un intervento in via sussidiaria delle istituzioni pubbliche nonché l'elaborazione di norme che chiariscano quali sono gli obblighi nella rete e le responsabilità delle piattaforme, e che prevedano, in caso di conflitto, un rapido intervento di istituzioni terze rispetto alle parti. In particolare, parte della dottrina ha proposto di individuare alcune Istituzioni specializzate, terze e indipendenti, come giudici o autorità indipendenti, che, sulla base di principi predefiniti, intervengano *ex post*, su

[57] V. PITRUZZELLA, cit., 25.

richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete i contenuti evidentemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana. Questo intervento successivo, attivabile su richiesta di parte, avrebbe carattere sussidiario, dovendo prima operare le autoregolazioni, basate sulla responsabilità sociale delle piattaforme, i controlli affidati a terze parti indipendenti nonché l'educazione digitale degli utenti. Lo stesso, inoltre, dovrebbe riguardare tutta l'informazione digitale compresa quella delle testate giornalistiche e dei siti *web*, eventualmente integrandolo con meccanismi tecnici di garanzia della libertà di espressione[58].

Per concludere, quand'anche si volesse propendere per una regolazione di *Internet*, sarebbe fondamentale porre in essere tutti gli accorgimenti necessari a contrastare qualsiasi tentativo di introdurre fraudolentemente una "censura mascherata" o di limitare il controllo sul potere politico ed economico che la rete ha consolidato.

3.2.3 Profili di responsabilità

Al fine di individuare il tipo di responsabilità penale configurabile in capo al *provider*, è possibile distinguere tre distinti ruoli che possono essere ricoperti dal quest'ultimo, e di conseguenza tre paradigmi ideal-tipici di responsabilizzazione[59]. Innanzitutto l'ISP può assumere il ruolo di comune cittadino.[60] Di conseguenza, egli non avrà né doveri di controllo né obblighi di denuncia in relazione alle condotte poste in essere dai fruitori dei *social network* né, infine, obblighi di collaborazione con le autorità per reprimere gli illeciti, e, dunque, come un cittadino qualsiasi, risponderà solo per i reati di cui è autore o per le ipotesi di concorso commissivo doloso nell'altrui condotta criminosa. Questo modello si contraddistingue per la massimizzazione della libertà di comunicazione e di espressione[61].

[58] Sul punto PITRUZZELLA, cit., 26.
[59] In tal senso INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 5.
[60] Così INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 5.
[61] Cfr. NARDI, cit., 11.

Un secondo paradigma di responsabilità permette di qualificare l'ISP come controllore del *cyber*spazio.[62] In questo caso egli avrà un compito di censura preventiva, dovendo controllare *ex ante* ciò che può essere caricato sulla rete. Il modello di responsabilità è quello del reato omissivo improprio derivante dal fatto di non aver impedito un reato altrui[63]. In tal caso, chi gode della più ampia tutela sono i soggetti terzi e la comunità[64].

Infine, l'ISP può essere definito come tutore dell'ordine.[65] Lo stesso verrà coinvolto *ex post*, avendo l'obbligo di denunciare gli illeciti di cui venga a conoscenza, collaborare nell'individuazione degli autori e rimuovere il materiale illecito dal cyberspazio. Il modello di responsabilità è quello del reato omissivo proprio e il rimprovero sarà mosso per non aver tenuto condotte dirette a garantire la punizione dell'autore e la limitazione delle conseguenze del reato.

In conclusione, in capo all'ISP si può profilare la responsabilità per autoria, concorso commissivo, concorso omissivo improprio o concorso omissivo proprio.

3.2.4 La responsabilità monosoggettiva ed il caso Google vs Vivi Down

Una prima forma di responsabilità del *provider* è quella relativa ai casi di autoria[66]. Se in relazione ai reati informatici in senso stretto − cioè quelli per la cui commissione del reato è imprescindibile l'uso del *computer* − non vi è dubbio sulla possibilità di profilazione della responsabilità del *provider* − anche in forma aggravata, per abuso della qualifica di operatore del sistema − e ciò proprio per la rilevanza del ruolo rivestito dall'ISP, lo stesso non si può dire per i reati informatici in senso ampio (ossia quei reati che possono essere commessi sia *online* che *offline*). Infatti, la possibilità di realizzazione di tale tipologia di reati in via monosoggettiva dipende dalla descrizione del fatto tipico.

---

[62] V. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 5.

[63] Sul punto INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 5.

[64] V. NARDI, cit., 11.

[65] In argomento INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 6.

[66] Cfr. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 8.

In alcuni casi, la configurabilità della responsabilità dell'ISP è pacifica: si pensi al sito che permette lo *streaming* o il *download* di materiale pedopornografico.

In relazione ad altri, invece, sorgono maggiori dubbi: ad esempio, per quanto riguarda il delitto di favoreggiamento della prostituzione, si è ritenuto che lo stesso sia integrato dalla condotta dell'ISP che offre servizi di *videochat* erotiche, mentre non sussiste nel caso in cui il *provider* si limiti ad ospitare sulla propria piattaforma annunci caricati dalla stessa *escort*.

Ebbene, il caso che in questa sede risulta di maggiore interesse è "Google vs Vivi Down"[67]. La vicenda ha tratto origine dal caricamento su *Google Video* di un filmato ritraente un ragazzo disabile bullizzato a scuola da un gruppo di coetanei, i quali, tra l'altro, pronunciavano frasi ingiuriose nei confronti dell'associazione Vivi Down[68].

Da un punto di vista giuridico, la questione principale concerneva la possibilità di considerare i *manager* di Google responsabili del reato di illecito trattamento di dati personali di cui all'art. 167 del codice della privacy.

L'accusa riteneva responsabili i *manager* di Google Video, sussistendo, a suo avviso, in capo agli stessi una posizione di garanzia di protezione sui dati trattati dai propri *uploader*, desumibile da una serie di norme del codice della privacy, ed in particolare da quelle che prescrivono l'informativa agli utenti sul trattamento dei dati (art. 13)[69], l'autorizzazione scritta dell'interessato e quella preventiva del

---

[67] V. Cass. pen., Sez. III, 17.12.2013, n. 5107 in *www.iusexplorer.it*

[68] In argomento INGRASSIA, *La Corte d'Appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, non c'è pagina.

[69] V. GDPR, d. lgs. 196/2003, art. 13: «1. L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa:
a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati;
b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati;
c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere;
d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi;
e) i diritti di cui all'articolo 7;
f) gli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 5 e del responsabile. Quando il titolare ha designato più responsabili è indicato almeno uno di essi, indicando il sito della rete di comunicazione o le modalità attraverso le quali è conoscibile in modo agevole l'elenco aggiornato dei responsabili. Quando è stato designato un responsabile per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, è indicato tale responsabile».

Garante per il trattamento di dati sensibili (art. 26)[70] e, infine, l'adozione di speciali garanzie per il trattamento dei dati sensibili (art. 17)[71].

[70] Cfr. GDPR, d. lgs. 196/2003, art. 26: «1. I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti.
2. Il Garante comunica la decisione adottata sulla richiesta di autorizzazione entro quarantacinque giorni, decorsi i quali la mancata pronuncia equivale a rigetto. Con il provvedimento di autorizzazione, ovvero successivamente, anche sulla base di eventuali verifiche, il Garante può prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto ad adottare.
3. Il comma 1 non si applica al trattamento:
a) dei dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni. Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante;
b) dei dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni, organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria.
4. I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante:
a) quando il trattamento è effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, ivi compresi partiti e movimenti politici, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, relativamente ai dati personali degli aderenti o dei soggetti che in relazione a tali finalità hanno contatti regolari con l'associazione, ente od organismo, sempre che i dati non siano comunicati all'esterno o diffusi e l'ente, associazione od organismo determini idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, prevedendo espressamente le modalità di utilizzo dei dati con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'articolo 13;
b) quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2;
c) quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile;
d) quando è necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'articolo 111.
5. I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi».

[71] V. d. lgs. 196/2003 (GDPR) art. 17 (abrogato): «1. Il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti.
2. Le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal presente codice, nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento,

Secondo il giudice di primo grado, i *manager* di Google non avevano alcun obbligo di verificare che gli *uploader* avessero ricevuto il consenso per pubblicare tale video, dovendo semplicemente, *ex* art. 13 del d. lgs 196/2003, rendere edotti gli utenti degli obblighi su di loro gravanti previsti dalla legge, del necessario rispetto di essi e dei rischi in cui sarebbero incorsi non ottemperando agli stessi[72].

Dopo aver dimostrato l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato nella condotta contestata, il Giudice d'appello ha proseguito, spiegando come nel caso in esame non sussistesse nemmeno l'elemento soggettivo[73]. Infatti, innanzitutto non vi sarebbe, ad avviso della Corte, alcuna conferma della consapevolezza del contenuto del filmato da parte degli imputati. Inoltre, non sembrerebbe persuasiva la ricostruzione fattuale del dolo specifico di profitto, richiesto dall'art. 167 del d. lgs. 196/2003, che il Tribunale avrebbe individuato nella vocazione economica dell'azienda Google, dovendo ritenersi lecita l'attività dell'azienda e non potendo essere considerata ai fini della sussistenza del dolo. Ciò in quanto, escluso il carattere imprenditoriale di Google, non vi sono altri elementi a sostegno della tesi accusatoria, non avendo gli imputati ottenuto alcun vantaggio a seguito delle condotte tenute, soprattutto tenendo conto del fatto che Google Video era un servizio gratuito e allo specifico video oggetto del procedimento non erano collegati *link* pubblicitari.

Infine, la Corte d'appello non ha nemmeno condiviso la decisione del Tribunale nella parte in cui ha ritenuto vi fosse compatibilità tra il dolo eventuale, individuato nella "voluta disattenzione" degli imputati nelle politiche societarie relative al trattamento della *privacy* al fine dell'ottenimento di buoni risultati di mercato ed il dolo specifico richiesto dalla norma. Infatti, la finalità dell'azione (dolo specifico) non può essere strutturalmente sostenuta da una rappresentazione e da una volizione solo indiretta (dolo eventuale).

Da ultimo, si è pronunciata sulla questione la Corte di cassazione, la quale ha chiarito che sui *manager* di Google al massimo incomberebbe l'obbligo di indicare

effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare».

[72] Così INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 9.

[73] Cfr. INGRASSIA, *La Corte d'Appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, cit., non c'è pagina.

agli *uploader* le sue modalità di trattamento, cioè ciò che l'ISP fa con i dati di chi utilizza la piattaforma.[74]

3.2.5 Il concorso attivo nel reato

L'*Internet Service Provider* può anche concorrere nel reato realizzato da altri.
In relazione a questa forma di responsabilità si sono contrapposte due teorie[75].
Una prima opinione ritiene che al concorso commissivo dell'ISP nel reato debbano applicarsi le classiche regole dettate dall'art. 110 c.p. Dunque, da un punto di vista oggettivo, deve essere stato effettivamente realizzato un illecito, almeno nella forma tentata, da una pluralità di persone e il concorrente deve aver agevolato la commissione dello stesso. Invece, da un punto di vista soggettivo, deve sussistere in capo al concorrente un duplice dolo, ossia la rappresentazione e la volizione che sia realizzato un fatto di reato e che si stia contribuendo allo stesso con la propria condotta.[76]
Una seconda tesi, più garantista, ritiene invece che per aversi concorso commissivo del *provider* debba sussistere un dolo di partecipazione particolarmente intenso ed un'oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato. Di conseguenza, in questo caso, il concorso commissivo sarebbe integrato solo quando i dati vengano inseriti nel circuito di pubblico accesso dopo un vaglio positivo sulle informazioni. Perciò, richiedendosi in questo caso un dolo particolarmente intenso, non sussisterà responsabilità del *provider* né per i fatti commessi a titolo di colpa né per quelli realizzati a titolo di dolo eventuale.[77]
Inoltre, un ulteriore limite alle ipotesi di concorso attivo nel reato realizzato dagli utenti da parte dell'ISP si individua in relazione alla tipizzazione stessa degli illeciti: delitti come la diffamazione, l'apologia di reato, la diffusione di materiale pedopornografico o coperto dal diritto d'autore sono reati di condotta che si consumano nel momento stesso in cui i contenuti illeciti sono resi accessibili da

[74] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 17.12.2013, n. 5107, in *www.iusexplorer.it.*
[75] In argomento INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 14.
[76] Sul punto INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 15.
[77] Così INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 16.

parte del loro autore. Di conseguenza, non è possibile ravvisare una partecipazione del *provider* che mantenga tali contenuti nel *web* o non si attivi per rimuoverli, essendo tali condotte successive alla realizzazione del reato. In questi casi, dunque, si potrà avere concorso del *provider* nella diffusione di materiali illeciti caricati dagli utenti sulla sua piattaforma solo qualora egli abbia una previa consapevolezza dell'altrui intenzione di commettere uno specifico reato e intenda consapevolmente agevolarne la realizzazione.[78]

Classici esempi sono i casi Sky Calcio Libero e The Pirate Bay.

Nella prima ipotesi non si è ritenuta sussistere cooperazione del *provider*, essendosi lo stesso limitato a pubblicizzare un *link* che rimandava a *server* cinesi per vedere le partite del campionato italiano di calcio coperte da esclusiva Sky, condotta di agevolazione alla consultazione dei siti che si era realizzata in un momento successivo al perfezionamento del reato ed era perciò penalmente irrilevante.

Nel secondo caso, invece, il *provider* è stato ritenuto coautore dell'illecito, avendo inciso direttamente sulle modalità di immissione dell'opera nella rete. Infatti, lo stesso non si era limitato a condividere dei *file*, ma aveva posto in essere un'attività di indicizzazione e tracciamento, che è fondamentale perché gli utenti possano operare il trasferimento dell'opera.

3.2.6 Il concorso omissivo improprio

Ci si è chiesti se potesse configurarsi in capo all'ISP una responsabilità omissiva impropria e dunque se sussistesse in capo a quest'ultimo una posizione di garanzia. Per rispondere a tale domanda, bisogna capire quali sono i presupposti necessari a fondare una posizione di garanzia. Essi sono tre, e più precisamente: la previsione della stessa da parte di una fonte normativa o regolamentare, l'esigibilità di una determinata condotta da parte di quel soggetto e la presenza di effettivi poteri impeditivi in capo allo stesso[79].

[78] Così FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparativa in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010, 462 ss.

[79] V. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine*?, cit., 26.

Le ragioni per le quali non si ritiene possibile configurare una posizione di garanzia in capo al *provider* sono le seguenti.

Innanzitutto nessuna legge riconosce la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *provider*; anzi, l'art. 17 del Codice del Commercio Elettronico afferma esattamente l'opposto, stabilendo che l'ISP non ha né un obbligo di sorveglianza circa le informazioni che memorizza e veicola né un obbligo di ricercare elementi che facciano presumere la sussistenza di attività illecite[80].

In secondo luogo, a causa della grande quantità di dati che circola nella rete, è impossibile esigere dal gestore della piattaforma un obbligo generale di vigilanza.

Infine, manca un potere impeditivo specifico, dal punto di vista giuridico e fattuale. Infatti, in base agli artt. 14 ss. del d. lgs. 70/2003, il *provider* può bloccare l'accesso ai dati da altri immessi e rimuoverli solo a seguito di richiesta dell'autorità o ove tale materiale risulti palesemente illecito.

La riconoscibilità di una posizione di garanzia in capo agli ISP è stata, infine, definitivamente esclusa dalla giurisprudenza nel caso "Google vs Vivi Down".

Dal punto di vista giuridico, sulla base della lettura congiunta degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. 70/2003, tutti i *provider* sono tenuti a impedire l'accesso ai dati (o altrimenti a rimuoverli) solo a seguito di richiesta della pubblica autorità o in presenza di materiale palesemente illecito. In tutti gli altri casi, la rimozione di materiale potrebbe dar luogo a un obbligo risarcitorio nei confronti dell'utente ingiustamente censurato.

3.2.7 Il concorso omissivo proprio

Ci si chiede, dunque, quale sia il paradigma idealtipico di responsabilità applicabile all'ISP.

Il paradigma dell'*Internet Service Provider* come tutore dell'ordine nel *cyber*spazio è quello che più si avvicina al ruolo attribuitogli dal diritto positivo[81]. Questo comporta che il suo atteggiamento di neutralità debba venire meno nel momento in cui egli venga a conoscenza della commissione di reati o gli venga richiesto di

[80] Sul punto NARDI, cit., 12.

[81] V. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?,* cit., 35.

attivarsi per impedire l'aggravamento delle conseguenze del reato. Più precisamente, lo stesso ha due tipi di obblighi: obblighi di denuncia e obblighi di rimozione del materiale illecito.

Dunque, innanzitutto, l'ISP deve denunciare alla pubblica autorità gli illeciti di cui venga a conoscenza e comunicare, se richiesto, le informazioni utili all'identificazione degli autori. In tal caso, laddove sussistano gli estremi soggettivi del reato (volontà di aiutare taluno ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche), il fornitore del servizio sarebbe chiamato a rispondere del delitto di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p.

In secondo luogo, egli avrà un obbligo di rimozione del materiale illecito o di inibizione all'accesso su richiesta dell'autorità competente. In caso di inottemperanza, le conseguenze saranno diverse: se la stessa riguarda provvedimenti giurisdizionali (come un'ordinanza cautelare del giudice civile), la violazione può integrare il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.) o la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. che punisce, anche a titolo di colpa, l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità emessi per ragioni di giustizia.

Invece, se l'inottemperanza riguarda provvedimenti dell'autorità amministrativa o di pubblica sicurezza, il *provider* sarà sanzionato solo ai sensi dell'art. 650 c.p., a condizione che il provvedimento amministrativo sia reso per ragioni riconducibili a una delle categorie previste dalla norma.

3.2.8 Il meccanismo di "*notice and take down*"

Sulla base di quanto affermato finora, si può concludere che un'eventuale responsabilità del *provider* potrebbe basarsi sull'obbligo di rimozione di un contenuto illecito, secondo quanto previsto dall'art. 16 del d. lgs 70/2003[82].

[82] Cfr. d. lgs n. 70/2003 sul commercio elettronico, art. 16: 1. «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.

Ad ogni modo, per completezza di esposizione, si ritiene utile richiamare, dapprima, l'attenzione sulle diverse modalità di moderazione in uso nella prassi.[83]
Una prima forma è quella della "pre-moderazione": in tal caso è necessario il consenso del soggetto che fornisce l'autorizzazione alla pubblicazione.
Una seconda è la "*post*-moderazione", caratterizzata dal fatto che la validazione dei contenuti avviene dopo la loro pubblicazione, eventualmente scartando *ex ante* quelli associati ad alcuni criteri di esclusione, come la provenienza geografica, l'impossibilità di identificazione degli utenti, la presenza di determinate parole chiave, ecc.
Un'altra tipologia prende il nome di "moderazione reattiva", in base alla quale i contenuti non vengono moderati se non a posteriori, dopo una o più segnalazioni di inappropriatezza.
Un quarto tipo è la "moderazione distribuita", nella quale rientrano quelle attività di moderazione effettuate dagli utenti della piattaforma i quali ottengono possibilità operative maggiori rispetto agli altri in base al contributo fornito.
Un'altra ancora è la "moderazione automatica ", caratterizzata dal fatto che sistemi automatici basati su regole, algoritmi statistici e/o su tecniche di intelligenza artificiale selezionano automaticamente *panel* di contenuti sospetti da verificare e propongono *escalation* verso decisori umani sia per segnalare eventuali azioni da intraprendere sia per perfezionare i criteri di selezione dei sistemi stessi.
Infine, si può optare anche per l'assenza di una moderazione.[84]
È importante il ruolo svolto dai moderatori, dal momento che gli stessi si occupano di valutare se sia opportuno o meno rimuovere determinati contenuti in base ai principi definiti dalle piattaforme, nonché di assicurare agli utenti la tutela del diritto di appellarsi contro la decisione di rimozione a difesa della libertà di espressione.

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».

[83] Così PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Alba, 2017, 107 ss.

[84] V. PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, cit., 108.

In particolare, il diritto all'appello deve essere garantito in tempi brevi e non deve esporre l'utente ad eventuali ritorsioni personali da parte di gruppi di pressione.
Inoltre, nel caso in cui sia integrato un reato, l'autorità giudiziaria dovrebbe poter risalire all'identità dell'utente[85].
Date queste premesse, si potrebbe ritenere che la tipologia di moderazione realizzata dai *provider* sia la "moderazione reattiva", dal momento che in capo agli stessi sorge una responsabilità solo se a seguito di segnalazione gli stessi non si attivano per rimuovere il contenuto illecito.
Per capire meglio la natura di tale obbligo, si espone il seguente esempio: nel 2016, la Corte di cassazione[86] si è pronunciata sulla seguente vicenda: il presidente della Lega Nazionale Dilettanti della Federazione Italiana Gioco Calcio contestava la pubblicazione sul sito agenziacalcio.it di un articolo avente contenuto diffamatorio nei suoi confronti da parte di un soggetto terzo[87].
In tal caso, secondo il Giudice di legittimità, a conferma della pronuncia della Corte d'appello, il *provider* aveva concorso nel reato di diffamazione, in quanto lo stesso aveva coscientemente mantenuto l'articolo diffamatorio sul sito, pur essendone venuto a conoscenza prima del sequestro di quest'ultimo.
Questa pronuncia è stata contestata sotto vari aspetti da parte della dottrina.
Innanzitutto taluni hanno ritenuto che la minaccia sanzionatoria rivolta ai *provider* porrebbe un freno alla creazione di luoghi di dibattito pubblico *online*.[88]
Altri hanno evidenziato che in questi casi fosse configurabile al massimo un'ipotesi di connivenza.[89]
Ma soprattutto si è ribadito come, consistendo il reato di diffamazione in un reato istantaneo − e realizzandosi dunque lo stesso nel momento in cui viene caricato nella rete un contenuto offensivo − un obbligo di rimozione poteva sussistere solo

[85] «Ciò ad esempio potrebbe avvenire grazie ad un sistema di verifica da parte di un fiduciario dell'Identità Digitale dell'utente rilasciata in conformità a quanto stabilito dal regolamento eIDAS e la consegna di un *token* che attesta l'avvenuta identificazione da parte del fiduciario: il *token* verrebbe inserito sulla piattaforma che lo archivierebbe e provvederebbe a ripubblicare il contenuto rimosso. In caso di intervento dell'autorità giudiziaria la piattaforma consegnerebbe il *token* ed il fiduciario sarebbe in grado di ricongiungere il *token* all'identità digitale della persona».
[86] Cfr. Cass. pen., Sez. V, 27.12.2016, n. 54946, in *www.giurisprudenzapenale.com.*
[87] Così PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo* in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 5, 252.
[88] Sul punto CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione*?, in *Cass. Pen., 2017, 7-8, 2787*.
[89] In argomento CURRELI, *La controversa responsabilità del gestore di un sito web, in caso di diffamazione commessa da terzi*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 5, 1659.

dopo la consumazione. Di conseguenza, venendo meno la possibilità di configurare un obbligo di impedimento *ex ante*, non sussisterebbe nemmeno una responsabilità omissiva impropria.[90]

Pertanto, il caso sopra analizzato permette di capire come, seppur non sussista un obbligo generale di sorveglianza in capo al *provider*, nel momento in cui lo stesso venga a conoscenza della presenza di un contenuto illecito sulla propria piattaforma, egli ha l'obbligo di attivarsi per rimuoverlo.

La previsione di un sistema di controllo e attivazione successivi permette di contemperare diversi interessi: da un lato, la tutela dell'indipendenza di *Internet* e della libertà d'impresa e di manifestazione del pensiero e, dall'altro, la tutela dei diritti degli utenti e dei terzi.

Tra l'altro, anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni in merito alla strategia per il mercato unico digitale ha riconosciuto l'obbligo in capo all'ISP di rimuovere il contenuto illecito presente nelle piattaforme da lui gestite. Infatti, la Commissione, oltre ad affermare il principio secondo cui non sorge responsabilità in capo ai *provider* «per i contenuti che trasmettono, conservano o ospitano»[91] purché mantengano un ruolo passivo, ha riconosciuto che gli stessi, quando vengano a conoscenza di attività illecite, devono provvedere a rimuovere tempestivamente le informazioni relative alle stesse.

A questo punto, però, si pone il problema di capire cosa si debba intendere per "effettiva conoscenza". Infatti nella lettera dell'art. 16, co. 1, d. lgs 70/2003 – in base alla quale «l'*hosting provider* può andare esente da responsabilità se, una volta a conoscenza del contenuto illecito, provvede a rimuoverlo» – è stato aggiunto, rispetto alla previsione corrispondente dell'art. 14 della direttiva europea 31/2000, l'inciso «su comunicazione delle autorità competenti». Ci si è chiesti, pertanto, se il *provider* sia tenuto a rimuovere un contenuto illecito solo a seguito di una comunicazione da parte dell'autorità o se invece lo stesso risponda di tale obbligo

[90] Cfr. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, 1627.

[91] V. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa; COM(2015) 192 final del 6 maggio 2015, in *www.eur-lex.europa.eu*.

in via autonoma, non appena venga a conoscenza del contenuto illecito ospitato, anche, ad esempio, a seguito di un avviso proveniente dalla parte offesa.

Secondo l'orientamento prevalente[92] non servirebbe una comunicazione ufficiale dell'autorità per l'attivazione dell'obbligo di rimozione a carico dei *provider*, e ciò soprattutto in considerazione del bilanciamento degli interessi coinvolti nonché della natura del *web*, caratterizzato da velocità e grande capacità di propagazione, elementi che lo rendono incompatibile con le tradizionali e più lente procedure formali delle istituzioni.

Si auspica, comunque, un intervento chiarificatore del legislatore.

Ad ogni modo, se a livello nazionale vi è una lacuna, in ambito europeo sono state previste delle specifiche procedure che prendono il nome di "*notice and take down*". L'origine delle stesse si rinviene nella legge federale statunitense, conosciuta come "*Digital Millennium Copyright Act*" del 1998, che prevedeva una procedura con cui i soggetti il cui diritto di proprietà intellettuale fosse stato leso potevano rendere nota al *provider* l'avvenuta lesione affinché lo stesso eliminasse il contenuto segnalato.

È importante che a livello europeo siano previsti meccanismi formali che regolino in modo uniforme e dettagliato le procedure di notifica ad opera delle vittime di contenuti illeciti in rete e i successivi obblighi di rimozione a carico degli ISP. Infatti, un intervento del genere permetterebbe di chiarire quali siano i requisiti necessari per ottenere una "effettiva conoscenza" e quale debba essere il contenuto della notifica per garantire la sua efficacia esplicativa. Inoltre esso semplificherebbe l'onere della prova gravante sull'utente danneggiato, il quale deve dimostrare in sede processuale il presupposto dell'effettiva conoscenza da parte del *provider* della presenza del contenuto illecito, conoscenza che si realizzerà attraverso il perfezionamento della notifica.

Comunque, a livello europeo, nonostante la direttiva sul commercio elettronico, all'art. 21, co. 2, abbia richiesto un necessario adeguamento periodico della normativa − che può avere ad oggetto anche l'eventuale adozione di procedure di "notifica e rimozione" e l'individuazione della responsabilità a seguito della

[92] V. PANATTONI, cit., 256.

eliminazione del contenuto illecito − non è stata ancora emessa alcuna disposizione in materia.

Tuttavia, la questione è stata recentemente oggetto di una comunicazione della Commissione europea, nella quale è stata riconosciuta l'importanza di una maggiore responsabilizzazione degli ISP, che si basa su specifiche procedure di segnalazione-rimozione.

Inoltre, i vari ordinamenti nazionali hanno cercato di colmare la lacuna, prevedendo una disciplina normativa concernente le procedure sopra descritte.

Quanto all'ordinamento italiano, l'unica norma riguardante i meccanismi di *notice and take down* è contenuta nella legge 29 maggio 2017 n. 7143, che ha introdotto disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo. Più precisamente, il minore ultraquattordicenne (o il genitore o il soggetto responsabile), vittima di uno degli illeciti riconducibili *ex* art. 1, co. 2, l. n. 71/2017, può inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito *Internet* un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore stesso diffuso in *Internet*.

Tale meccanismo di segnalazione incontra però alcuni limiti.

Innanzitutto esso riguarda solamente i dati personali diffusi *online* che ledono la personalità dei minori e, in secondo luogo, non viene definito in modo accurato l'obbligo di rimozione a carico dell'ISP. Inoltre, qualora gli ISP non dovessero attivarsi, gli stessi saranno sanzionabili solo laddove non adempiano agli obblighi imposti dal Garante, adito successivamente dalla vittima, *ex* art. 170 del d. lgs. n. 196/2003.

Un'altra critica attiene al raggio d'azione della legge, la quale riguarda il "gestore del sito *Internet*", soggetto che, in base all'art. 1, co. 3 della legge sul cyberbullismo viene ritenuto prestatore di servizi della società dell'informazione «diverso da quelli di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70»[93]. Di conseguenza, rimangono fuori dal perimetro i *provider* che prestino servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, scelta non condivisibile dal momento che i gestori dei *social network* – in relazione ai quali con più probabilità si potranno riscontrare le condotte

[93] V. art. 1, co. 3, l. n. 71/2017.

illecite integranti le fattispecie incriminatrici rilevanti *ex* art. 1, co. 2, l. n. 71/2017 – sono da qualificare quali *hosting provider*.

Dall'analisi svolta emergono due esigenze di armonizzazione. La prima attiene ai soggetti coinvolti nelle dinamiche dei reati cibernetici, che si riflette nei meccanismi di segnalazione-rimozione che riguardano *provider*, utenti e autorità. La seconda concerne la varietà delle attività e dei soggetti operanti nel cyberspazio, la quale rimanda alla molteplicità delle fonti da cui scaturiscono le relative discipline in materia.[94]

La particolare natura del *web* mette in discussione i parametri che tradizionalmente hanno costituito la base delle dinamiche tra i vari soggetti coinvolti, rendendo difficile una pacifica armonizzazione delle diverse esigenze di tutela. Di qui il difficile bilanciamento tra i diritti e gli interessi facenti capo rispettivamente ai *provider*, alle vittime della criminalità cibernetica e agli utenti.

Relativamente ai meccanismi di segnalazione-rimozione, occorre fare riferimento: al diritto alla libertà d'impresa del *provider*, che rimane pur sempre un soggetto privato al quale non può essere affidato il compito di valutare le informazioni presenti online, senza rischiare di essere qualificato come "censore privato" ; ai diritti soggettivi delle vittime della criminalità nel cyberspazio, che vanno dai diritti della personalità a quelli patrimoniali e richiedono interventi immediati, soprattutto quando vedano il coinvolgimento di minori; ai diritti alla libera manifestazione del pensiero e all'informazione degli utenti del w*eb*, che verrebbero lesi dalla presenza di censori privati, i quali, mirando a tutelare principalmente la propria attività economica, potrebbero eliminare in via cautelativa qualsiasi contenuto segnalato, per paura di incorrere in sanzioni anche penali o controversie giudiziali.

Il punto di equilibrio dovrebbe individuarsi, allora, in un sistema di controllo successivo, basato su meccanismi di *notice and take down*, disciplinati nel rispetto di principi fondamentali, quali la certezza dei tempi e dei contenuti delle *notification*, la trasparenza e l'informazione agli utenti, la garanzia del contraddittorio, la collaborazione con le autorità e la responsabilizzazione degli utenti stessi.[95]

---

[94] Così PANATTONI, cit., 261.

[95] Sul punto PANATTONI, cit., 262.

Inoltre, la previsione di diversi obblighi di rimozione potrebbe basarsi sul grado di gravità e sulla tipologia dei contenuti illeciti segnalati nonché sulla natura del diritto che viene pregiudicato dalla condotta dannosa.

L'ulteriore esigenza di armonizzazione segnalata, poi, deve prendere in considerazione le varie tipologie di servizi dei *provider* operanti in rete e la pluralità delle condotte lesive, anche "atipiche". Sarebbero, pertanto, necessarie iniziative volte a conciliare le diverse soluzioni che stanno emergendo, per cui assieme ai meccanismi di *notice and take down* andrebbero disciplinati anche il diritto alla deindicizzazione[96] e il diritto alla cancellazione[97]. Inoltre, l'armonizzazione delle fonti e dei rimedi giuridici, nonostante debba basarsi su norme aventi carattere

---

[96] V. *https://gdpr.net/cose-il-diritto-alla-deindicizzazione/:* «Il diritto alla deindicizzazione è stato introdotto per evitare che i motori di ricerca rimandassero continuamente dei risultati obsoleti. Per esempio, notizie riferite a cronaca giudiziaria di anni e anni fa, in cui magari l'individuo in questione ha già subito il processo, è stato assolto o ha scontato la pena».

[97] Cfr. *https://protezionedatipersonali.it/diritto-alla-cancellazione#:~:text=Il%20diritto%20alla%20cancellazione%20(right,revoca%20del%20consenso%20al%20trattamento*: «Il diritto alla cancellazione (*right to erasure or right to be forgotten*) è previsto dall'articolo 17 del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali. L'interessato può chiedere la cancellazione dei propri dati anche dopo la revoca del consenso al trattamento. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo (da considerare quindi in pochi giorni) nei seguenti casi:
a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento, se non esiste alcun altro motivo legittimo per il trattamento;
c) l'interessato si oppone al trattamento e non sussiste alcun ulteriore motivo legittimo per procedere il trattamento;
d) i dati personali sono stati trattati illecitamente;
e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;
f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione ai minori.
Il titolare del trattamento nei casi indicati è obbligato a procedere alla cancellazione dei dati e ad adottare le misure ragionevoli per informare altri titolari del trattamento che stanno trattando i dati (compreso "qualsiasi link, copia o riproduzione") di procedere alla loro cancellazione. Tuttavia i titolari possono continuare ad elaborare i dati se sono comunque necessari per gli scopi per i quali sono stati raccolti e il titolare ha ancora una base giuridica per il trattamento degli stessi. Quindi nei casi in cui il trattamento è necessario:
a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione;
b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica;
d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, nella misura in cui la cancellazione rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento;
e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

sovranazionale e, quindi, in primo luogo, europeo, dovrà necessariamente arricchirsi di elementi di auto-regolamentazione, data la natura fluida del cyberspazio, per effetto della quale lo stesso non può essere disciplinato soltanto attraverso gli strumenti e gli schemi del diritto pubblico.

4. Regolamentazione di *Internet*

4.1 Una Costituzione per *Internet*

Come è emerso da quanto sopra riportato, il *web* nel tempo ha assunto una rilevanza sempre più crescente, a livello politico e sociale[98].
Di conseguenza, è facile comprendere come lo stesso sia appetibile per gli Stati, i quali, tuttavia, pur cercando di affermare la propria autorità, non possono stabilire un dominio sulla rete.
Proprio a causa di ciò, ci si chiesti se fosse possibile regolare *Internet*. Vi sono vari modelli che, al riguardo, possono essere presi in considerazione.
Si pensi, innanzitutto, alla denuncia da parte di Yahoo al Governo cinese che ha portato all'arresto e all'incarcerazione per 10 anni di Shi Tao, un giornalista cinese che aveva pubblicato su *Internet* una circolare interna inviata al suo giornale dal governo cinese, invitando i giornali della Cina continentale a non celebrare il

[98] Così RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?,* in *Il Mulino*, 2010, 3, 338 ss.

quindicesimo anniversario delle proteste di piazza Tienanmen del 1989[99], per un eventuale rischio di "destabilizzazione sociale"[100].

Proprio a seguito di questo avvenimento, negli Stati Uniti, alcuni membri democratici e repubblicani della Camera dei Rappresentanti hanno avanzato una proposta di legge che impone alle società operanti su *Internet* di rendere noti ad una speciale Commissione presso il Dipartimento di Stato tutte gli episodi in cui hanno filtrato o rimosso contenuti su richiesta di un Paese straniero, e ciò per garantire trasparenza e quindi controllabilità da parte dei cittadini.

Anche nel mondo economico vi è un forte movimento in tal senso. Ad esempio, Google ha suggerito di fondare presso l'ONU un *Global Privacy Counsel*, ed ha avanzato il progetto *Data Liberation Front* per rafforzare le garanzie in rete della *privacy*. Inoltre, le grandi imprese del settore si erano associate in una *Global Network Initiative* per incoraggiare una tutela dei diritti in rete.

Tuttavia, non è ammissibile una privatizzazione del governo di *Internet*, essendo invece preferibile coinvolgere diversi attori nell'elaborazione di regole comuni.

Un esempio in tal senso è costituito dall'*Internet Bill of Rights*[101], una proposta che costituisce il frutto del lavoro di diverse *dynamic coalitions*, spontanee e informali, all'interno delle iniziative dell'ONU sulla società dell'informazione. L'importanza di tale documento risiede nel fatto che lo stesso è il simbolo di un cambiamento di tipo culturale basato sull'idea che *Internet* non ha confini. Ciò favorirebbe la

---

[99] V. *https://it.wikipedia.org/wiki/Protesta_di_piazza_Tienanmen*: «Dal 15 Aprile, giorno della morte del Segretario generale del Partito Comunista Cinese Hu Yaobang a seguito di arresto cardiaco, al 4 Giugno 1989, a piazza Tienanmen, a Pechino, si svolsero varie manifestazioni popolari di massa, che coinvolsero molti studenti, operai ed intellettuali e culminarono in un massacro quando l'esercito cinese aprì il fuoco contro i dimostranti con fucili d'assalto e carri armati.
Tale protesta si inscrive nel quadro delle cosiddette rivoluzioni del 1989, e la sua importanza risiede soprattutto nel fatto che gli eventi in Cina infervorarono ancor di più gli animi dei manifestanti europei, dando nuovo slancio alle rivolte contro i regimi dell'URSS e degli altri Stati del Blocco orientale che avrebbero portato alla caduta del muro di Berlino e alla dissoluzione dell'Unione Sovietica, evento che pone fine ufficialmente alla guerra fredda, avvenuta nel 1991.
Ad oggi nel mondo occidentale la protesta viene considerata un evento fondamentale e importantissimo del XX secolo, ma in Cina parlare di tale evento è proibito e considerato un tabù. Infatti, sebbene su internet, giornali e documentari si possano trovare varie testimonianze riguardanti la protesta, molti documenti di questi e altri generi sono stati occultati dal Partito Comunista Cinese tramite l'utilizzo di censura e disinformazione, permesse dal controllo pressoché totale dei mass media. Per aggirare la censura di Internet in Cina, si adotta lo stratagemma di riferirsi alla data del 4 giugno come 35 maggio, espressione coniata dallo scrittore Yu Hua».

[100] Cfr. *https://it.frwiki.wiki/wiki/Shi_Tao_%28journaliste%29*.

[101] *https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_pubblicata.pdf.*

circolazione delle idee e costituirebbe un riferimento per i giudici in relazione ai problemi che in futuro eventualmente possono sorgere per effetto dell'innovazione scientifica e tecnologica. In questo contesto, un ruolo fondamentale sarebbe rivestito dalle istituzioni tradizionali, come ad esempio l'ONU.

Tuttavia, l'ipotesi di una Costituzione per *Internet* sembrerebbe confermare la tesi di parte della dottrina[102], secondo la quale questo periodo è caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di costituzioni settoriali legate alle dinamiche sociali ed economiche piuttosto che all'esercizio di poteri politico-costituzionali. Ciò, però, farebbe perdere al costituzionalismo il suo valore universale, avendo l'effetto di riconoscere un ruolo di primo piano alla logica economica e dunque legittimando i soli diritti compatibili con essa.

Si è allora cercato di trovare un collegamento tra le nuove dichiarazioni dei diritti e i documenti internazionali che hanno seguito una diversa via dal riduzionismo economico, come la Dichiarazione dell'ONU del 1948 e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000. In tal modo, quand'anche si intervenisse in una specifica materia, si eviterebbe la caduta nella logica settoriale perché la specifica Costituzione si presenterebbe come lo sviluppo o l'attuazione dei principi contenuti in quei documenti generali.

Tuttavia, il semplice rinvio da un documento all'altro in sé pare insufficiente.

A tal proposito si possono seguire tre strategie correttive.

«In primo luogo, non si può postulare una indifferenza del quadro tradizionale dei diritti al nuovo ambiente, tenendo fermi criteri ermeneutici pretecnologici e ritenendo che l'innovazione possa essere conosciuta, ed assumere rilevanza, solo quando s'incarna in apposite e diverse situazioni giuridiche. Scolora così la contrapposizione tra «vecchi» e «nuovi» diritti. Si può dire, anzi, che il riferimento a diritti e libertà fondamentali, nel nuovo contesto identificato dalla rete, esige una rilettura proprio dell'insieme dei diritti elaborato dall'intera modernità costituzionale. Se guardiamo, ad esempio, alla nostra Costituzione, non si può sfuggire ad alcune domande: le "formazioni sociali" (art. 2 Cost.) possono essere anche le comunità virtuali create nel ciberspazio? […] Come si atteggia in rete la

[102] Così TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 206 ss.

libertà di associazione (art. 18)? Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21) deve essere messo in rapporto con il diritto all'anonimato nelle comunicazioni elettroniche? […]. Una volta chiarito che, così parlando, non si fa riferimento alla creazione di un governo globale, alla dilatazione su scala planetaria della categoria della sovranità nazionale, l'analisi dovrebbe riguardare piuttosto le diverse manifestazioni concrete dell'esercizio di un potere centralizzato in un mondo articolato, non frammentato, con ricorrenze di poteri identici in aree e settori diversi, con l'emersione di forme astratte di autorità che possono condizionare i processi in corso. […] Ma questa tesi è almeno parzialmente smentita dal progressivo costituirsi di una *Global community of courts*, legata proprio alla tutela dei diritti; e dalla constatazione che l'effettiva tutela dei diritti non è più necessariamente affidata ai tradizionali procedimenti giudiziari, ma può essere resa possibile da iniziative che, partendo dalla società civile e avendo come riferimento documenti internazionali, riescono a rendere concrete le garanzie. […]

Si giunge così alla terza questione, che riguarda non più la sola forma o procedura di una costituzione per *Internet*, ma pure i suoi contenuti. Qui s'intrecciano finalità d'ordine generale, veri e propri principi direttivi, con la loro traduzione in specifici diritti. Se, ad esempio, si muove dalla constatazione che *Internet* rappresenta il più largo spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto, la salvaguardia di questa sua «natura» implica l'irriducibilità alla dimensione sempre più assorbente del mercato, che vuol dire non solo un generico riconoscimento della libertà in rete, ma la concreta possibilità di esercitare «virtù civiche», dunque di dar corpo ad una cittadinanza attiva; di far sì che *Internet* rimanga una risorsa per la democrazia e non la forma congeniale ai nuovi populismi; di praticare forme economiche riconducibili alla logica del dono. Da qui la necessità di salvaguardare la neutralità della rete, anche come antidoto a ogni forma di censura (e questo esige comportamenti attivi per reagire, ad esempio, a decisioni giudiziarie come quella milanese sulla responsabilità del *provider* o quella che, negli Stati Uniti, ha limitato i poteri regolativi della *Federal Communication Commission*), e il suo potenziale «generativo», dunque l'effettiva sua capacità di produrre innovazione. Da qui la necessità di considerare l'accesso a *Internet* come un diritto fondamentale della persona, secondo una linea costituzionale che si ritrova in dichiarazioni del

Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa, in iniziative di Stati come la Finlandia, nel piano del Presidente Obama sul servizio universale. Ma il riconoscimento dell'accesso non può divenire una chiave che apre una stanza vuota: da qui la necessità di considerare la conoscenza come bene pubblico globale, non solo rivedendo categorie tradizionali come quelle del brevetto e del diritto d'autore, ma evitando fenomeni di «chiusura» rispetto a questo *common*, che caratterizza appunto la nostra società come quella «della conoscenza», trasformando in risorsa scarsa un bene comune suscettibile della più larga utilizzabilità. Da qui la necessità di una tutela dinamica dei dati personali, nel senso che la garanzia non può essere soltanto quella tradizionale e statica relativa alla riservatezza, ma deve divenire componente essenziale della cittadinanza digitale e della libera costruzione dell'identità (considerando, per esempio, il diritto di anonimato, particolarmente rilevante nel caso del dissidente politico, e il diritto all'oblio), passando così dal riconoscimento dell'autodeterminazione informativa ad una effettiva redistribuzione del potere in rete.

Tutto questo, ovviamente, deve essere considerato nella prospettiva della destrutturazione/ricostruzione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata. E proprio riflettendo su *Internet* possono essere individuate le vie di un costituzionalismo globale possibile, non affidato a una *vertical domestication*, con norme sovrastatuali incorporate nei diritti statuali, né semplicemente translocale. Dunque una costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, quasi una costituzione infinita»[103].

4.2 Possibili soluzioni

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, degno di menzione è innanzitutto il d. l. 18 Febbraio 2015, n. 7, convertito dalla l. 17 aprile 2015, n. 43 che prevede la creazione di un elenco dei siti *web* impiegati per attività e condotte di associazione terroristica, sottoposto a puntuale aggiornamento da parte delle forze di polizia

[103] V. RODOTÀ, cit., 348.

postale e delle comunicazioni, in cui far confluire le segnalazioni della polizia giudiziaria[104].

Qualora vi siano elementi che portino a ritenere che determinati delitti con finalità di terrorismo siano stati compiuti attraverso il *web*, si potrà chiedere ai *provider* di rimuovere i contenuti illeciti, mantenendo invece il materiale estraneo a tali delitti. Un ruolo di spicco è ascrivibile dal d.d.l. n. 2688 del 2017 (c.d. "d.d.l. Gambaro") che ha cercato un bilanciamento tra libertà di espressione e responsabilizzazione della rete, constatando che «*Internet* ha sì ampliato i confini della nostra libertà dandoci la possibilità di esprimersi su scala mondiale, ma la libertà di espressione non può trasformarsi semplicemente in un sinonimo di totale mancanza di controllo, laddove controllo, nell'ambito dell'informazione, vuol dire una notizia corretta a tutela degli utenti».[105]

In particolare, un importante aspetto di tale decreto è rappresentato dalla previsione, di cui all'art. 6, di programmi di formazione che abbiano come fine quello di permettere agli studenti di sviluppare un senso critico rispetto alla verità delle informazioni veicolate online nonché di denunciare gli illeciti posti in essere in danno delle vittime del *web*, e ciò in quanto la prima grande risposta all'arbitrarietà della rete è rappresentata dalla cultura.

Invece, da un punto di vista politico-criminale, sebbene la previsione dell'obbligo di rendere noti via P.E.C. i dati fondamentali di ogni nuova piattaforma elettronica e dei suoi amministratori alla Sezione per la stampa e l'informazione del Tribunale territorialmente competente intenda semplificare l'individuazione degli autori di illeciti commessi sulla rete, la stessa non sembra avere prospettive di successo. La ragione risiede nel fatto che tale strumento di controllo risulta anacronistico (imitando le forme di registrazione previste per le testate giornalistiche) e difficilmente realizzabile nel concreto, anche a causa della mancata previsione di sanzioni in caso di inosservanza dell'obbligo di comunicazione. Inoltre, anche se tale obbligo non venisse violato, sarebbe comunque possibile identificare solo gli amministratori delle piattaforme *web* e non coloro ai quali è effettivamente imputabile la divulgazione illecita.[106]

[104] Sul punto ABBONDANTE, cit., 64.
[105] In tal senso ACCINNI, cit., 17.
[106] Così ACCINNI, cit., 18.

Ma la critica maggiore attiene alla manifesta carenza di tassatività e determinatezza della nuova fattispecie di cui all'art. 1 del citato d. d. l. con cui si vorrebbe introdurre nel codice penale l'art. 656-*bis*, norma che mira a sanzionare a titolo contravvenzionale (con l'ammenda fino a euro 5.000) «chiunque pubblichi o diffonda notizie false, esagerate e tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi attraverso i *social media* o altri siti che non siano espressione di giornalismo *online*»[107].

Il ricorso ad espressioni così ampie, quali «false, esagerate e tendenziose», in relazione a «dati o fatti manifestamente infondati o falsi» pone importanti problemi interpretativi in termini sia di coerenza terminologica interna che di effettivo rispetto dei principi di determinatezza e tassatività, e ciò proprio per la difficoltà di muoversi nel terreno dell'opinabile.

Anche l'uso dell'avverbio «manifestamente» non aiuta a stabilire i margini della fattispecie, che resta pertanto esposta ad un'eccessiva discrezionalità nella sua concreta applicazione.

Problematico risulta anche il giudizio sull'ipotizzata introduzione del reato di diffusione di notizie false che possano destare pubblico allarme, fuorviare settori dell'opinione pubblica o avere ad oggetto campagne d'odio e campagne volte a minare il processo democratico di cui all'art. 2 del d. d. l. Gambaro.

Soggetto a critiche è anche l'art. 7 del citato d. d. l., relativo alla possibile corresponsabilizzazione degli *Internet service providers* in caso di pubblicazione o diffusione di notizie non attendibili o non veritiere. Infatti, lo stesso non sembrerebbe tenere conto del dibattito sviluppatosi in questi anni. Ad esempio, la nuova fattispecie incriminatrice vorrebbe introdurre in capo ai *provider* un dovere di costante monitoraggio dei contenuti, già ritenuto manifestamente inesigibile dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non sussistendo un obbligo di garanzia in capo a tali soggetti.

Infine, particolarmente problematico risulta il giudizio sulla proposta di delegare totalmente ai gestori delle piattaforme informatiche il compito di stabilire l'attendibilità e la veridicità dei contenuti diffusi *online*. Infatti, nonostante il meccanismo previsto dal decreto prenda avvio da una segnalazione proveniente

[107] V. ACCINNI, cit., 18.

dagli utenti, lo stesso potrebbe esporre al rischio, da un lato, di elevare i *provider* a "censori" della libertà di espressione in assenza di una qualsiasi legittimazione di carattere politico e in aperto contrasto al dettato costituzionale e, dall'altro, di trasformarli in "capri espiatori" di ogni informazione "non veritiera" veicolata tramite il *web*.

Dunque, nonostante il d. d. l. Gambaro abbia tentato di realizzare una cultura etica condivisa della "rete", non si può non constatare comunque la sua inadeguatezza metodologica. Infatti, la soluzione preferibile sarebbe quella per cui il governo della comunicazione digitale si basi su regole che siano condivise e ritenute giuste da tutta la comunità e non rispettate solo perché penalmente sanzionate.

Infine, a livello nazionale, un'ultima proposta di legge degna di menzione è quella avanzata, tra gli altri, dall'Onorevole Boldrini, recante il titolo "Misure per la prevenzione e il contrasto della diffusione di manifestazioni d'odio mediante la rete *Internet*"[108]. Dopo aver brevemente elencato le iniziative intraprese in tale campo negli anni precedenti − come l'istituzione di una Commissione per i diritti e i doveri relativi ad *Internet*, la quale ha elaborato una "Carta dei diritti in *Internet*", o il disegno di legge presentato dalla senatrice a vita Liliana Segre volto all'istituzione di una Commissione parlamentare di indirizzo e controllo sui fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza − sono stati individuati diversi rimedi al fenomeno dell'*hate speech*.

Innanzitutto, la summenzionata proposta ha previsto «il coinvolgimento e la responsabilizzazione dei *provider* affinché gli stessi tutelino la dignità, la libertà personale e la salute psicofisica degli utenti, nonché reprimano i comportamenti volti alla diffusione di odio. Più precisamente, a seguito di segnalazione, un organismo di autoregolamentazione, indipendente e formato da esperti, controlla il contenuto segnalato. Contro la sua decisione è possibile proporre riesame nonché, in caso di rigetto definitivo dell'istanza di rimozione del contenuto illecito, ci si può rivolgere al Garante per la protezione dei dati personali»[109].

---

[108] V. Proposta di legge n. 2936/2021, "Misure per la prevenzione e il contrasto della diffusione di Manifestazioni d'odio mediante la rete internet": *http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2936.18PDL0133410.pdf*.

[109] Cfr. Proposta di legge n. 2936/2021, "Misure per la prevenzione e il contrasto della diffusione di Manifestazioni d'odio mediante la rete internet": *http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2936.18PDL0133410.pdf*.

In secondo luogo, è stata proposta la modifica degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., aggiungendo ai motivi di discriminazione basati sulla razza, l'etnia e la religione, quelli fondati sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità.

Inoltre, *ex* art. 8 del capo III, è stato riconosciuto, a chiunque ed in qualsiasi momento − il diritto di ottenere «l'oscuramento, la rimozione o il blocco di propri dati o immagini personali ritenuti offensivi o lesivi della propria dignità, identità e libertà personale, diffusi mediante la rete *Internet*»[110], con la conseguenza che se il titolare del trattamento dei dati o il gestore non sono identificabili o non provvedono entro 24 ore dalla presentazione della richiesta, l'interessato, il genitore o il soggetto esercente la potestà genitoriale possono rivolgersi al Garante della *privacy*, il quale deve agire entro 48 ore.

Infine, l'ultimo capo attiene alla creazione di programmi nelle scuole di educazione digitale per conoscere i rischi della rete e promuovere un uso cosciente della stessa.

A livello europeo, poi, la Commissione ha elaborato varie raccomandazioni volte a contrastare i discorsi d'odio e a «valutare, sulla base delle esperienze di altri Paesi e tutelando la libertà di informazione in *Internet*, la possibilità di: esigere l'autoregolazione delle piattaforme al fine di rimuovere l'*hate speech online*; stabilire la responsabilità giuridica solidale dei *provider* e delle piattaforme di *social network* e obbligarli a rimuovere con la massima tempestività i contenuti segnalati come lesivi da parte degli utenti - esigere da parte delle piattaforme dei social network l'istituzione di uffici dotati di risorse umane adeguate, al fine della ricezione delle segnalazioni e della rimozione tempestiva dei discorsi d'odio, anche attivando *alert* sulle pagine *online* e numeri verdi a disposizione degli utenti - sostenere la conoscenza dei propri diritti da parte delle vittime, così come attuare e diffondere la conoscenza delle norme della legge n. 71 del 2017 sul bullismo e rafforzare nelle scuole l'educazione di genere e l'educazione alla cittadinanza - sostenere e promuovere *blog* e attivisti *no hate* o testate che promuovono una

[110] V. Proposta di legge n. 2936/2021, "Misure per la prevenzione e il contrasto della diffusione di Manifestazioni d'odio mediante la rete internet": *http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2936.18PDL0133410.pdf*.

contronarrazione e campagne informative rispetto al discorso d'odio, soprattutto nel mondo non *profit*, delle scuole e delle università»[111].

Inoltre, nel 2015, con l'Agenda europea sulla sicurezza, è stato fondato, su proposta della Commissione, un *Internet Forum* cui partecipano i Ministri degli Interni degli Stati membri dell'Unione europea, nonché i rappresentanti dei principali fornitori di servizi via *Internet*, del Parlamento europeo, di Europol ed il coordinatore europeo per la lotta al terrorismo e che si occupa di individuare meccanismi volti a frenare la diffusione di materiale che inneggi all'odio, alla violenza e al terrorismo internazionale[112].

Oggi, comunque, proprio per la continua evoluzione degli ordinamenti giuridici, si registra una maggiore propensione verso strumenti di *soft law*, ossia l'insieme delle tecniche e degli strumenti di produzione normativa prive di efficacia vincolante diretta. In particolare, in tale ambito, sono diversi i meccanismi cui si è fatto ricorso. Un ruolo di spicco è rivestito dal Codice di condotta sottoscritto nel 2016 dalla Commissione europea, con cui le più importanti piattaforme *social* operanti su *Internet* hanno assunto diversi impegni come: prevedere procedure chiare ed efficaci di verifica delle segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti, in modo da poter eliminare tali contenuti o disabilitarne l'accesso; individuare linee-guida indirizzate alla comunità degli utenti della rete, che precisino il divieto di ogni forma di istigazione all'odio e alla violenza; esaminare, entro 24 ore dalla ricezione, la maggior parte delle segnalazioni valide di illecita istigazione all'odio nei servizi offerti dal *provider* e, se necessario, provvedere alla rimozione di tali contenuti o alla disabilitazione dell'accesso al sito[113].

Nonostante questo Codice consista in uno strumento di *soft law* e dunque non abbia efficacia vincolante, lo stesso costituisce comunque una forma di *collateral censorship*, una modalità di "pressione morbida", [114] capace di rafforzare le forme di autoregolazione e di sorveglianza interna dei *provider*.

---

[111] In argomento PITRUZZELLA, cit., 15 ss.
[112] Cfr. NARDI, cit., 8.
[113] V. NARDI, cit., 9.
[114] Così ABBONDANTE, cit., 65.

Alla base di tale scelta vi è l'idea secondo la quale il compito di rimuovere efficacemente e tempestivamente i contenuti illeciti deve essere necessariamente affidato ai *provider*, e non alle autorità pubbliche, dal momento che solo i primi sono in grado di assicurare una più capillare ed immediata risposta alle segnalazioni degli utenti[115].

Dunque, nel suo primo anno di applicazione, tale Codice non ha riscosso il successo sperato, per cui le grandi imprese di *hi-tech* hanno trovato un accordo tra loro per la creazione di un *database* comune e condiviso capace però solo di rimuovere foto e video a sfondo terroristico.

Degna di menzione è anche la direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio che, all'art. 21, rubricato "Misure per contrastare i contenuti on line riconducibili alla pubblica provocazione" richiede agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per garantire la tempestiva rimozione dei contenuti *online* presenti nel loro territorio che costituiscono una pubblica incitazione a commettere un reato di terrorismo come indicato all'art. 5, nonché di adoperarsi per ottenere la rimozione di quelli pubblicati al di fuori del loro territorio. Qualora non si possano rimuovere tali contenuti, gli Stati sono autorizzati a bloccarne la visione da parte degli utenti nel loro territorio.

Infine, la direttiva evidenzia come le soluzioni relative alla rimozione e al blocco debbano essere stabilite secondo procedure chiare e debbano fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che tali provvedimenti siano limitati allo stretto necessario e proporzionati e che gli utenti siano informati del motivo di tali misure.

Infine, altri strumenti cui è possibile fare ricorso sono gli *standard* di diligenza a carico degli intermediari *online*, al fine di individuare preventivamente i contenuti offensivi.

[115] In tal senso FALLETTA, cit., 154.

CONCLUSIONI

Come emerge dal presente scritto, la disciplina dei discorsi d'odio ha imposto agli interpreti di confrontarsi con diverse questioni problematiche.

Guardando, in particolare, alle più significative, certamente non si può non fare riferimento alla categoria dei reati di opinione (si pensi, nello specifico, alle fattispecie *ex* artt. 290, 414 e 604-*bis* c.p., esaminate nel corso dell'elaborato) rispetto ai quali viene in rilievo, in primo luogo, un conflitto tra la libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost. e i beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici di riferimento. Infatti, poiché i reati di opinione consistono, di fatto, nell'incriminazione della comunicazione di un pensiero, indipendentemente dal contenuto o dalla forma della stessa, le relative norme incriminatrici altro non sono che manifestazioni di una limitazione della libertà di espressione.

Sono diverse le tesi formulate dagli esegeti al fine di ricomporre il conflitto di cui sopra.

Secondo una parte della dottrina[1], «che una norma penale sia in conflitto con l'art. 21 Cost. [...] non significa ancora che essa sia illegittima. Definita la portata del principio della libera espressione del pensiero, occorre infatti stabilirne il peso: stabilire, cioè, se, e a quali condizioni, esso prevalga su altri principi con i quali esso venga eventualmente in conflitto […]. Può darsi, infatti, che il divieto assuma sì la condotta dal punto di vista del messaggio da essa comunicato, ma lo faccia a salvaguardia di un interesse o di un principio di rango costituzionale non inferiore a quello (della libertà di espressione) da esso conculcato. Esistono, per comune assunzione, beni che possono certamente essere lesi mediante espressione di un'opinione, e che sono anch'essi dotati di rilevanza costituzionale primaria (orientativamente equiparabile a quella della libertà d'espressione). Nel rispetto dovuto a beni siffatti, è ormai pacifico che la libertà d'espressione, almeno a certe condizioni, possa soccombere. Nessun dubbio, ad es., che l'espressione di un pensiero possa risultare offensiva dell'altrui dignità umana e sociale, e che generalmente il peso di quest'ultimo bene risulti, nel conflitto, maggiore rispetto a quello riconosciuto alla libertà di espressione. Ciò fa sì che le restrizioni della libertà

[1] Così SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 709 ss.

di espressione imposte mediante le norme che incriminano l'ingiuria e la diffamazione risultino, in linea di principio, giustificate: siano, pertanto, non ingiuste, e non sfocino quindi in una vera e propria violazione di quella stessa libertà»[2].

Applicando tale ragionamento alla categoria dei reati di opinione, occorre chiedersi se la soluzione, da parte del legislatore, del bilanciamento tra la libertà d'espressione, da un lato, e i beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici dei reati di opinione, in senso favorevole a questi ultimi costituisca un'opzione costituzionalmente legittima.[3]

A tal proposito, parte della dottrina, dopo aver premesso che «l'incriminazione di un reato d'opinione − che costituisce incriminazione dell'espressione di un'opinione in forza del suo stesso contenuto, e quindi divieto di esprimere una certa idea, o valutazione, a tutela di un'altra idea, dell'integrità concettuale di un ideale, di un valore morale diffusamente condiviso, o di una sensibilità diffusa riguardo ad una siffatta idea − si pone in chiara contrapposizione con i presupposti di una democrazia deliberativa» in quanto «questa si fonda, tra l'altro, sul diritto della minoranza di mettere in discussione i valori condivisi dalla maggioranza (e quindi anche di offenderne i sentimenti di alto livello)», ha poi evidenziato, condivisibilmente, che «punire l'espressione di un'opinione a tutela dell'integrità di un'idea maggioritaria o di una sensibilità collettiva rispetto all'integrità concettuale di un valore morale significa [...] non solo restringere la libertà di espressione, ma restringerla in relazione a casi, rispetto ai quali maggiormente si pone l'esigenza della relativa garanzia: è ovvio che questa si apprezzi soprattutto in relazione ad idee di dissenso, minoritarie, la cui espressione è prevedibile possa incontrare ostacoli più forti che non l'espressione di idee diffuse, di opinioni condivise dalla maggioranza, di luoghi comuni»[4].

Poiché, alla luce di quanto sopra riportato, la prima tesi inerente al conflitto tra libertà di espressione e beni giuridici tutelati dai reati di opinione non pare convincente, occorre guardare al fronte giurisprudenziale[5], ove si è sostenuto che le

[2] V. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 709 ss.
[3] Cfr. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 712.
[4] Così SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 723.
[5] Cfr. Corte Cost., 4.05.1970, n. 65, in *www.giurcost.org.*

norme incriminatrici dei reati di opinione puniscano certe condotte non in ragione del contenuto di pensiero che esse esprimono, ma per gli effetti che le stesse producono nel mondo esterno.

Questa impostazione è stata seguita, ad esempio, con riferimento all'apologia di reato di cui all'art. 414 c.p., rispetto al quale si è «preferito procedere ad una manipolazione della fattispecie, trasformando l'apologia di reato (che consiste nella semplice esaltazione pubblica di fatti delittuosi) in una istigazione indiretta al delitto: in tal modo, da un lato essa ha espunto dalla nozione del reato di apologia tutto ciò che potrebbe rientrare nella propaganda "di puro pensiero e di pura opinione" come la critica a una data legge penale, la propaganda per la sua abrogazione, il giudizio favorevole sui motivi che hanno spinto una persona a violare una data legge; dall'altro la Corte ha accostato il più possibile il reato di apologia al reato di istigazione, ritenendo conseguentemente punibile solo chi, blandendo o glorificando l'autore di un determinato delitto, ponga in essere un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»[6].

Questa soluzione, per quanto autorevole, pare, però, in contrasto con il principio di offensività, in quanto, «è di tutta evidenza che le condotte incriminate sono, di per sé sole, assolutamente prive di una reale capacità offensiva, finanche in termini di pericolosità [...]. L'interprete, dunque, viene posto di fronte a un bivio. Riconfigurare, per via interpretativa, le fattispecie dei reati di opinione in termini di reati di pericolo concreto implicito; il che, però, nella sostanza condanna queste figure ad una totale inutilità (a questo prezzo, ben più coerente sarebbe dichiararle illegittime per contrasto con l'art. 21 Cost., ed espungerle senz'altro dal sistema) [...]. La via alternativa sarebbe quella del pericolo astratto. A seguirla, però, si corre il rischio, in un certo senso opposto, di una eccessiva anticipazione della tutela penale, e, più in particolare, di credere che le condotte dei reati di opinione siano incriminate in forza di una mera presunzione di pericolo da parte del legislatore [...]. Così intesi i reati d'opinione, la categoria finisce per entrare in conflitto con altri principi di riconosciuta dignità costituzionale, quali quelli di oggettività e offensività del reato»[7].

[6] Sul punto SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 726.
[7] V. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 727.

Viene, infine, in rilievo un'ultima tesi, consistente nel ricorso alla scriminante di cui all'art. 51 c.p. nella parte in cui esclude la punibilità (o, meglio, l'antigiuridicità) del fatto tipico quando esso costituisca esercizio di un diritto: tale soluzione esegetica sembrerebbe essere l'unica al momento percorribile, risolvendo − a differenza della prima – il problema, e non ponendo − come invece aveva fatto la seconda – problemi di compatibilità con altri principi, come quello di offensività. Essa, comunque, non comporta, a parere di chi scrive, il venire meno della necessità (o, quantomeno, dell'opportunità) che il legislatore intervenga in tale materia, offrendo una maggiore chiarezza sul punto.

Un secondo problema che emerge in relazione ai reati di opinione attiene ai problemi di determinatezza posti da alcune fattispecie di reato, problemi ai quali, come visto, ha tentato di porre un rimedio la l. n. 85/2006, sebbene con risultati non del tutto soddisfacenti. Ad esempio, la l. n. 85/2006 ha modificato l'art 292 c.p. − rubricato "Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato" − scindendo quello che prima costituiva un unico reato in due fattispecie diverse, e ciò nel tentativo di specificare meglio la condotta incriminata. Dunque, se, in origine, veniva incriminato «il fatto di vilipendere la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato»[8], oggi, il primo comma punisce «il fatto di vilipendere con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato»[9], mentre il secondo concerne la condotta di «chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato».[10]

Infine, i reati di opinione pongono l'interprete di fronte ad un ulteriore problema, attinente ai margini edittali di pena che li caratterizzano. Ebbene, se è vero che tali reati costituiscono l'evoluzione della previgente "lesa maestà", rispetto alla quale la previsione, all'epoca della relativa vigenza, di sanzioni elevate era "giustificata", oggi, per il mutato assetto politico e sociale, comminatorie così alte non paiono più ragionevoli. Occorre rilevare, comunque, che sul punto è intervenuta la già citata l. n. 85/2006 che ha ridotto i margini edittali di diverse ipotesi di reato di opinione, in taluni casi diminuendo semplicemente il *quantum* di pena (come nel caso dell'art.

[8] Testo originario dell'art. 292 c.p.
[9] V. art. 292, co. 1, c.p.
[10] Così art. 292, co. 2, c.p.

292 c.p., rubricato "Vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato"), in altri casi determinando un mutamento del tipo di pena (è quanto avvenuto, ad esempio, in relazione all'art. 290 c.p., rubricato "Vilipendio della Repubblica").

Particolarmente delicata e complessa è poi la disciplina degli *hate speeches online*. In tale materia, le principali criticità riguardano il tipo di responsabilità (eventualmente) ascrivibile al *provider*. Dall'analisi delle varie ipotesi elaborate dagli interpreti (autoria, concorso commissivo, concorso omissivo improprio e concorso omissivo proprio) è emerso come la tesi più condivisibile sia quella che esclude che il *provider* sia titolare di una posizione di garanzia. Come rilevato, secondo tale tesi, occorre escludere «in capo al *provider* una generale posizione di garanzia o, più precisamente, un obbligo di impedimento di reati commessi dagli utenti della rete. Anche prescindendo dal fatto che è assai discussa la possibilità di muovere un rimprovero penale a taluno per non aver impedito un reato da altri realizzato, le ragioni che ostano alla configurazione di una tale forma di responsabilità in capo ai *provider* sono molteplici. In primo luogo manca una norma che fondi un generale obbligo degli ISP di controllare le condotte degli utenti della rete o di proteggere beni che possono essere offesi nel ciberspazio. L'eventuale verifica delle comunicazioni personali tra utenti della rete integra il delitto di violazione di corrispondenza di cui all'art. 616 c.p. Dunque, non solo manca un obbligo giuridico di controllo, ma, per di più, nei casi di corrispondenza privata, la tutela della segretezza è presidiata penalmente. Né può fondarsi un rimprovero all'ISP sugli artt. 57 e 57-*bis* c.p., che disciplinano la responsabilità del direttore e del vice-direttore responsabile (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: l'applicazione di tali norme al *provider* si risolverebbe in un'estensione analogica – dunque vietata – delle stesse. Manca, inoltre, in concreto, la possibilità di controllo per l'ISP del materiale che viene trasmesso o memorizzato dato l'enorme flusso di dati che transitano sul o sui *servers* gestiti da ciascun *provider*, essendo oltretutto sempre possibile che la trasmissione di o l'accesso a determinati dati avvengano anche per selezione (automatica o meno) di collegamenti alternativi, in conformità con la struttura

aperta (od "anarchica", come è stato detto) di *Internet*, che non rappresenta alcun unitario sistema centralizzato, ma una possibilità di molteplici connessioni, fra reti e *computer* diversi, "semplicemente" in grado di scambiarsi dati utilizzando protocolli di trasmissione comuni. Infine, mancano in capo all'ISP poteri impeditivi dei reati che gli utenti possono realizzare in *Internet*, sia dal punto di vista giuridico che da quello fattuale. Infatti, sotto il profilo giuridico, deve rilevarsi come il quadro normativo di cui agli artt 14 ss. del d. lgs. n. 70/2003 consenta al *provider* di impedire l'accesso ai dati da altri immessi e di rimuoverli solo a seguito di richiesta dell'autorità o ove tale materiale risulti *ictu oculi* illecito; in tutti gli altri casi, la rimozione di materiale può dar luogo, quantomeno, ad un obbligo risarcitorio dell'ISP nei confronti dell'utente ingiustamente censurato. Al contrario, il legislatore ha esplicitamente affermato, con l'art. 17 del d. Lgs. 70/2003, che il *provider* non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»[11].

Dunque, date queste premesse, ci pare che il paradigma idealtipico applicabile al *provider* sia quello che lo qualifica come "tutore dell'ordine" e, tuttavia, «*de jure condito*, all'attribuzione del ruolo di tutore, con la previsione di obblighi di cooperazione, non corrisponde una parallela incriminazione per la violazione di tali obblighi, né ciò pare auspicabile in una prospettiva *de jure condendo*. Infatti, da un canto, la criminalizzazione dell'ISP tutore dell'ordine non può essere realizzata in via pretoria, attraverso interpretazioni analogiche di tipi classici come il favoreggiamento, o, contro le linee di politica-criminale del legislatore, obliterando i principi di legalità, sussidiarietà e specialità ove le condotte inottemperanti agli obblighi di collaborazione siano state ritenute dal legislatore meritevoli solo di una sanzione amministrativa o, persino, di una risposta meramente risarcitoria, la cui azionabilità è rimessa alla volontà di chi dovesse ritenersi danneggiato. Dall'altro, a ben vedere, in un'ottica di sussidiarietà penale, solo ove si dimostri che l'attuale risposta amministrativa o civilistica alle violazioni degli obblighi di cooperazione sia inefficace si potrà valutare se ricorrere allo strumento penale; pare, però, che le

[11] Cfr. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 26 ss.

elevate sanzioni amministrative pecuniarie dirette all'ISP come ente giuridico, quali quelle di cui agli artt. 14-*ter* e *quater* della l. n. 269/1998, siano più dissuasive dell'ennesimo uso meramente simbolico del diritto penale»[12].

In conclusione, preme rilevare che i discorsi d'odio hanno posto diversi problemi, alcuni dei quali hanno trovato risoluzione mentre altri sono ancora dubbi. Se, infatti, come visto, le incertezze relative all'individuazione del tipo di responsabilità ascrivibile al *provider* sono state superate, con la conseguenza che oggi è fuori dubbio che lo stesso possa rispondere, a titolo di omissione propria, degli illeciti realizzati nelle piattaforme da lui gestite, invece, non tutte le problematiche poste dai reati d'opinione risultano risolte, in quanto l'unica proposta al momento condivisibile è quella di superare il conflitto tra la categoria dei reati di opinione e l'art. 21 Cost. facendo leva sulla scriminante di cui all'art. 51 c.p., nella parte in cui stabilisce che «la punibilità è esclusa quando il fatto costituisca esercizio di un diritto»[13], e, tuttavia, tale soluzione pare avere carattere provvisorio, auspicandosi un intervento del legislatore che individui, una volta per tutte, la soluzione per superare il conflitto in questione.

[12] Così INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., 40.
[13] V. art. 51, co. 1, c.p.

BIBLIOGRAFIA

ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. dir.*, 2017, 1/2, 41 ss.

ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

AJANI e PASA, *Diritto comparato-casi e materiali*, Torino, 2013, 172.

BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in *Criminalia*, 2018, 1.

BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *www.altalex.com*, 2002, (non c'è pagina).

CAPUTO, *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.

CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione*?, in *Cass. pen., 2017, 7-8, 2782 ss.*

CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 133 ss.

CASAROSA, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio, Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Fiesole, 2020.

CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 93 ss.

CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 366.

CONSIGLIO D'EUROPA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida sull'articolo 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Divieto di abuso di diritto*, Strasburgo, 2019, 19

COSIO, *Natura del contratto tra utente e social*, in *Ricerche giuridiche*, 2017, 1, 133 ss.

CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007, 17 ss.

CURRELI, *La controversa responsabilità del gestore di un sito web, in caso di diffamazione commessa da terzi*, in *Resp. civ. prev*., 2017, 5, 1648 ss.
D'AMICO, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *Leg. pen.*, 2020, 6.
DIAMANTE, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in www.g*iurisprudenzapenale.com*, 2016.
DOLCINI, GATTA, MARINUCCI, *Manuale di Diritto Penale-Parte Generale*, Milano, 2019.
ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2011, 2, 15 ss.
FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei "social network" sui discorsi d odio "online",* in *MediaLaws*, 2020, 3, 146 ss.
FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 46 ss.
FAVILLI, *Lineamenti essenziali della normativa dell'Unione europea contro le discriminazioni e l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi*, in GHERI (a cura di), *Manuale delle buone pratiche – Io non discrimino. Contrastare le prassi discriminatorie con l'antidiscriminAzione*, Pisa, 2014, 11 ss.
FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparativa in prospettiva europea ed internazionale*, Padova, 2010.
FRONZA e GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato, in Dir. pen. cont.,* 2013, 4.
GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo* (come circostanza aggravante), in *www.penalecontemporaneo*.it, 2015, 2
GIACOPUZZI, *La responsabilità del provider*, in *www.diritto.it*, 2003, non c'è pagina.
GOISIS, *Crimini d'odio – Discriminazioni e giustizia penale*, Sassari, 2019.

GOISIS, *Crimini d'odio. Il senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, in *Dir. pen. uomo*, 2019.

GOMETZ, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in *Riv. tel.*, 2017, 32.

INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

INGRASSIA, *La Corte d'Appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, non c'è pagina.

INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, 1621 ss.

LIDDELL e O'FLAHERTY, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2018.

LO PRESTI, CasaPound, *Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in *Quad. cost.*, 2020, 2, 924 ss.

LUCIANI, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Italia, Servizio di ricerca del Parlamento europeo*, Bruxelles, 2019, 9 ss.

MICELI, *Profili evolutivi della responsabilità in Rete* in *MediaLaws*, 2017, 1, 106 ss.

MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la Restorative Justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio. Relazione alla Conferenza Internazionale "Restorative approach and social innovation: from theoretical grounds to sustainable practices*", in *Cass. pen*., 2019, 4, 1686 ss.

MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, 2008, 2, 185 ss.

NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?,* in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2.

NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2015.

OSCE/ODHIR, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, Varsavia, 2016.

PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo* in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 249 ss.

PAVICH e BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente,* in *Dir. pen. cont.*, 2014.

PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, 4, 37 ss.

PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *MediaLaws*, 2018, 3, 77 ss.

PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 287 ss.

PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 2018, 1.

PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Alba, 2017, 107 ss.

PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su Casapound risolleva la quaestio dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 1192 ss.

POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet* in *MediaLaws*, 2018, 1, 48 ss.

POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche,* in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 97 ss.

PUGIOTTO, *Le parole sono pietre*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.* 2015, 4, 326 ss.

RAMAJOLI, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 222 ss.

RISPOLI, *I reati di discriminazione etnica e razziale e la loro concreta configurabilità*, in *Diritto e Giustizia*, Sez. Penale, 2008 (non c'è pagina).
RIVERSO, *Le discriminazioni: tra diritto speciale e mezzi di tutela*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 263 ss.
RIZZI, *Il discorso dell'eguaglianza: nota a margine della sentenza CDA BS n. 96/2019*, in *Dir. imm. e citt.*, 2019, 2, 232 ss.
RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?,* in *Il Mulino*, 2010, 3, 337 ss.
SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, 4/5, 631 ss.
SALVATORE, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato-Unione europea*, Bruxelles, 2019, 16.
SPATTI, *Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà di espressione e abuso del diritto* in *Studi sull'integrazione Europea*, 2014, 9, 341 ss.
SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2/3, 689 ss.
SPENA, *La parola odio - sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech* in *Criminalia*, 2017, 577 ss.
STRADELLA, *Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti*, in TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 118 ss.
TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 99 ss.
TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.
VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, 219 ss.
VITALE, *"Hate speech" e contrasto penale delle manifestazioni che diffondono l'odio*, in *Ordines*, 2020, 1, 262 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte Cost., 12.07.1965, n. 68, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 27.12.1965, n. 9, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte Cost., 23.03.1968, n. 11, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte Cost., 4.05.1970, n. 65, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 8.07.1971, n. 168, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 30.01.1974, n. 20, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 27.03.1974, n. 86, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte di Giustizia, 14.05.1974, C-1974/51 in *www.eur-lex.europa.eu.*

Corte Cost., 08.07.1975, n. 188, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte Cost., 25.03.1976, n. 60, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte di Giustizia, 8.04.1976, C-43/75, Defrenne I, in *www.jstor.org*.

Corte Cost., 08.06.1981, n. 100, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte Cost., 23.03.1983, n. 73, in *www.giurcost.org.*

Corte di Giustizia, 20.03.1984, C-75 e 117/82 Razzouk e Beydoun, in *www.eur-lex.europa.eu.*

Corte Cost., 2.05.1985, n. 126, in *www.giurcost.org.*

Corte di Giustizia, 28.05.1985, C-9214/80; 9473/81 e 9474/81, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom in *www.asylumlawdatabase.eu.*

Corte Cost. 14.10.1985, n. 231, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte Cost., 29.12.1988, n. 1150, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte Cost., 21.07.1992, n. 388, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 27.07.1992, n. 368, in *www.giurcost.org.*

Corte Suprema degli Stati Uniti, 11.06.1993, No. 92-515, Wisconsin v. Mitchell in *www.caselaw.findlaw.com*.

Trib. Napoli, 8.08.1997, n. 39685, in *www.civile.it.*

Corte Cost., 17.07.2000, n. 293, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte di Giustizia, 6.03.2001, C- 274/99 P, Bernard Connolly v. Commission of the European Communities, in *eur-lex.europa.eu*.

Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2002, n. 10551, in *www.avvocatocivilista.net.*

Trib. di Verona, 24.02.2005, n. 2203, in *www-old.asgi.it.*

Cass. pen., Sez. V., 17.11.2005, n. 44295, in *www.penale.it.*

Corte App. di Venezia, 2.4.2007, in *www.dejure.it*.

Corte di Giustizia, 13.11.2007, C-57325/00, D.H. e a. c. Repubblica ceca, *in www.hudoc.echr.coe.int.*

Cass. pen., Sez. III, 28.03.2008, n. 13234, in *www.dirittoegiustizia.it.*

Cass. pen., Sez. III, 7.5.2008, n. 37581, in *https://canestrinilex.com.*

Cass. pen. Sez. IV, 10.07.2009, n. 2129, in *www.cestim.it.*

T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 28.10.2013, n. 530, in *www.coordinamentoadriatico.it.*

Cass. pen., Sez. III, 17.12.2013, n. 5107, in *www.iusexplorer.it*

Corte di Appello di Milano, 7.01.2015, n. 29, in *www.new.ilcaso.it*

Cass. pen., Sez. Un., 17.07.2015, n. 31022, in *www.giurisprudenzapenale.com.*

Corte di Giustizia, 15.10.2015, C-27510/08, Perinçek v. Switzerland, in *hudoc.echr.coe.int.*

Cass. pen., Sez. I, 16.2.2016, n. 34713, in *ww.dejure.it.*

Corte EDU, 24.05.2016, Biao v. Denmark, in *www.eur-lex.europa.eu*

Trib. Roma, Sez. IX civ., 15.07.2016, n. 14279, in *www.iusletter.com.*

Cass. civ., Sez. Un., 18.11.2016, n. 23469, in *www.deiustitia.it*

Cass. pen., Sez. V, 27.12.2016, n. 54946, in *www.giurisprudenzapenale.com.*

Corte Cost., 23.03.2018, n. 59 in *www.cortecostituzionale.it.*

T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18.04.2019, n. 447, in *www.patriaindipendente.it.*

Cass. pen., Sez. V, 30.07.2019, n. 34815, in *www.medialaws.eu.*

Corte di Giustizia, 3.10.2019, C-55225/14, Pastörs c. Germania, in *hudoc.echr.coe.int*.

Trib. Roma, Sez. specializzata in materia d'impresa, 12.12.2019, n. 59264, in *www.globalfreedomofexpression.columbia.edu.*

Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile, 23.02.2020, n. 64894, in *www.asgi.it.*

Trib. Roma, sez. civ. XVII, 29.04.2020, n. 80961, in *www.media2-col.corriereobjects.it.*

RINGRAZIAMENTI

A mamma e papà, il cui supporto è stato fondamentale per concludere questo percorso. Grazie per la pazienza infinita e il vostro amore che non manca mai.

A Sara, mia fan numero uno. La chiamata a fine giornata che mi tira su il morale. La risata assicurata. La persona che più crede in me. La mia certezza.

A Claudia, cugina di sangue e sorella di cuore. Che sa sempre dire la cosa giusta e, quando necessario, semplicemente ascoltare. Che ha il mio stesso senso dell'umorismo. Che basta un aperitivo al tramonto insieme e mi sento in pace con il mondo.

A Peppe, Andrea, Irene, Gabriele, Debora e Chiara. Se gli amici si scelgono e la famiglia "capita" io sono stata tanto fortunata. Perché con voi non esiste distanza, né di tempo né di spazio. Perché con voi è sempre festa.

Allo zio Enzo, il mio angelo custode da sempre. Grazie per la stima, l'ascolto, le risate e per essere il mio punto di riferimento nella famiglia.

Ad Annalisa, per tutto il colore che porta nella mia vita. Per essere energia pura, musica ad alto volume, il mazzo di fiori quando torno in Sicilia dopo un anno… per essere vita.

A Cecilia, il mio porto sicuro. Per starmi vicino sempre, qualunque cosa accada. Per tenermi la mano da anni. Per ridere con me della mia goffaggine.

A Elena e Chiara, accanto a me da oltre vent'anni. Perché per quanto le nostre vite siano piene, sappiamo sempre che alla fine ci aspetta una pizza insieme.

A Laura, per tutto quello che abbiamo condiviso e quello che condivideremo. Per spingermi, senza saperlo, fuori dalla mia comfort-zone. Perché le cose insieme hanno un sapore diverso.

A Samuele, Chiara e Giulia, per le seconde possibilità. Per esserci incontrati "per caso" e scelti con una consapevolezza diversa anni dopo. Perché non c'è problema abbastanza grande che un aperitivo insieme non possa risolvere.

A Filippo, per tutta la spensieratezza che porta nella mia vita. Per la bellezza di esserci ritrovati dopo anni. Perché anche se non sappiamo quando ci rivedremo, c'è sempre una cena pronta ad aspettarci.

A Riccardo, perché il passare del tempo e l'evolversi delle nostre vite non muta il bene nei suoi confronti. Lo aumenta.

A Lucilla, per saper sempre dire la cosa giusta. Per essere la "Stefania Andreoli" della mia vita.

A Silvia, Gaia, Sofia, Giulia, Giulia Pucci e Nanni, per essere la prova che anche in ambienti molto competitivi come la Luiss c'è sempre qualcuno pronto a tenderti la mano.

A me. Ho riflettuto a lungo sull'aggiungere una dedica del genere. Fino a poco tempo fa lo avrei trovato "cringe" (permettetemi questo termine informale, ma è quello che a mio parere esprime meglio il concetto). Però, quest'anno, con tanta fatica, ho ripreso in mano la mia vita. E vorrei darmi una pacca sulla spalla. Per aver avuto il coraggio di chiedere aiuto ad una psicologa, per essermi iscritta ad un corso di nuoto, per aver cercato (e per fortuna aver avuto successo) di recuperare amicizie importanti. Per essere andata al ballo della Luiss da sola, perché ne avevo voglia anche se nessuna delle mie amiche poteva andare. Per aver capito che la carriera è solo una parte della mia vita e ci sono tanti altri aspetti altrettanto importanti.