

INTRODUZIONE

“Odio”, è la generica espressione con cui si indica un sentimento di avversione, per qualcosa o per qualcuno, un sentimento di profonda ostilità o antipatia¹.

L’odio si manifesta in diverse forme e può essere espresso con diverse intensità: è visibilmente presente nel pugno con il quale un ragazzo colpisce il suo coetaneo, negli atti di bullismo ai danni di una ragazzina di seconda media, o ancora di più negli attentati terroristici commessi per colpire una minoranza religiosa; è meno visibile, ma comunque presente, nella battuta dispregiativa detta alle spalle di una persona in carne, o di un omosessuale, o pubblicata sulla propria pagina social.

Nella società attuale assistiamo ad una importante diffusione di questo sentimento, «*sembra quasi che non si sia mai odiato tanto, che non ci sia mai stato in giro così tanto odio come oggi*»², e lo dimostra il fatto che gli avvenimenti di cui sopra non sono solo generiche esemplificazioni o avvenimenti sporadici, ma anzi sono eventi di cui ormai giornalmente si discute, o si sente parlare al telegiornale. Unanime è l’idea secondo cui un notevole contributo alla diffusione dell’odio venga dato dai social network: in queste piattaforme ogni parola, ogni gesto, ha una risonanza molto più elevata, perché il pensiero espresso da un singolo, una volta pubblicato, può raggiungere un numero indefinito di persone, può essere ri-condiviso per accreditarlo ulteriormente, e può diventare virale solo sulla base del numero di like che il post o il commento ricevono. Ecco quindi che la battuta fatta tra i compagni di classe alle spalle di un ragazzo di colore, se pubblicata sui social triplica la sua potenzialità offensiva.

La diffusione del sentimento dell’odio fa sì che parallelamente sul piano

¹ Cfr. Dizionario Treccani.

² Cit. A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello “Hate Speech”*, in *Criminalia*, 2016, p. 577.

giuridico cresce l'attenzione verso i c.d. reati d'odio, oggi posti sotto la lente di ingrandimento in virtù del dibattito sorto, in Italia, intorno al disegno di legge Zan.

I reati d'odio, noti a livello internazionale come "*Hate crimes*", sono crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere, o particolari condizioni fisiche o psichiche³. Secondo la definizione elaborata dall'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (Odihr) dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (Osce), i crimini d'odio si caratterizzano per la presenza di due elementi: un fatto previsto dalla legge penale come reato, c.d. reato base, e la motivazione di pregiudizio in ragione della quale l'aggressore sceglie il proprio "bersaglio"⁴. La categoria degli *Hate Crimes* nasce nel contesto anglo-sassone, il termine viene poi diffuso in sede internazionale nel 2003, in occasione del Consiglio dei Ministri europei tenutosi a Maastricht nel dicembre di quell'anno, nel quale si affermò la pericolosità dei crimini d'odio per le società democratiche, e la necessità per gli Stati di introdurre delle leggi idonee a perseguirli⁵.

L'attualità del problema della diffusione dei crimini d'odio è evidenziata da una serie di dati statistici: l'Home office inglese ha dichiarato che in Inghilterra e in Galles sono stati registrati 124.091 casi di *hate crimes* nel periodo compreso tra marzo 2020 e marzo 2021, rispetto ai 94.098 dell'anno

³ *Hate crimes Law*, Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) Al. Ujazdowskie 19, 00-557 Warsaw, Poland, www.osce.org/odihr.

⁴ S. CHIRICO, L. GORI, I. ESPOSITO, *Quando l'odio diventa reato. Caratteristiche e normativa di contrasto degli hate crimes*, in *Insero di Polizia-moderna*, 2020. Reperibile presso il sito www.interno.gov.it.

⁵ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, p. 16.

2017/2018⁶. Per il territorio Statunitense è l’FBI a fornire i dati statistici relativi alla diffusione degli *hate crimes*, definendoli come offese motivate, in tutto o in parte, dal pregiudizio dell’autore verso una razza, religione, la disabilità, un orientamento sessuale, un’etnia, il genere, l’identità di genere. Nel 2019 sono stati registrati dagli agenti di polizia statunitensi 7.314 casi di crimini d’odio, e anche in questo caso per la maggior parte si tratta di crimini d’odio razziale⁷. Nel contesto Europeo è l’Osce a rendere noti i dati relativi alla diffusione degli *hate crimes*, e anche in questo caso è evidente come si tratti di un fenomeno attuale e in crescita. In Francia nel 2020 sono stati registrati 2.672 casi di *hate crimes*, a dispetto del dato del 2018 pari a 1.838 casi⁸; sempre relativamente al 2020, in Spagna sono stati registrati 1.401 casi, quindi ci sarebbe una

⁶ Home Office, *Hate crimes, England and Wales 2020-2021*, p.1, reperibile al sito www.homeoffice.gov.uk-hatecrimes. L’Home office è il dipartimento del Governo britannico deputato, tra l’altro, alla raccolta dei dati in materia di giustizia. Le statistiche relative ai crimini d’odio vengono riportate sulla base dei dati raccolti dalla polizia nel corso dell’anno; si registra un incremento del 9% rispetto all’anno precedente, la maggior parte dei quali sottendono motivazioni razziali. L’Home office sostiene che le ragioni di questa crescita esponenziale possano essere dovute anche ad una maggiore consapevolezza del problema da parte delle forze di polizia. I fattori di discriminazione sono individuati in 5 categorie: razza, religione, orientamento sessuale, disabilità, transgender; rispetto al 2019/2020 si registra una diminuzione dell’8% degli *hate crimes* a base religiosa, mentre si ha un aumento del 12% dei crimini d’odio razziale, del 7% per crimini d’odio basati sull’orientamento sessuale, del 9% di quelli relativi alla disabilità, e infine del 3% per gli *hate crimes* rivolti a persone transgender.

⁷ Cfr. FBI, *Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2019*, reperibile al sito www.fbi.gov/hatecrimes2019. Dei 7.314 crimini d’odio registrati, 7.103 sono definiti “*single bias incidents*”, cioè reati a pregiudizio singolo, mentre 211 sono reati basati su una pluralità di pregiudizi. Secondo le statistiche, dei 7.103 casi il 55.8% ha alla base motivi di razza/etnia, il 21.4% sono crimini d’odio religiosi; il 16.8% sono motivati dall’orientamento sessuale, il 2.8% dovuti a discriminazioni sull’identità di genere, 2.2% per disabilità, il 1.0% crimini d’odio di genere.

⁸ Dati reperibili presso il sito dell’Osce hatecrime.osce.org/france.

riduzione rispetto ai 1.706 casi del 2019⁹, tuttavia si tratta sempre di numeri elevati, per giunta da valutare in considerazione delle disposizioni di legge vigenti nei singoli stati.

Quanto all'Italia, il dato relativo all'anno 2020 pubblicato dall'Osce è pari a 1.111 casi di crimini d'odio; anche nel 2018 veniva registrata la stessa cifra, mentre nel 2016 sarebbero stati 736 i casi rilevati¹⁰.

Il presente lavoro ha dunque l'obiettivo di analizzare un fenomeno che, come dimostrano i dati sopra riportati, è estremamente attuale nonché al centro di molte discussioni; in particolare si intende concentrare l'attenzione sui reati d'odio, in una dimensione nazionale più che internazionale, servendosi pur sempre del contributo degli studi comparatistici e delle imprescindibili normative varate a livello europeo e internazionale.

Nell'ordinamento italiano le norme centrali in materia oggi sono contenute nel Libro II del codice penale, in particolare al Titolo XII dedicato ai delitti contro la persona, Capo III, alla Sezione I bis intitolata "Dei delitti contro l'eguaglianza"; tale Sezione è stata inserita all'interno del codice con il Decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21, creando così i nuovi artt. 604 bis e

⁹ Dati raccolti dall'Osce e pubblicati presso il sito hatecrime.osce.org/spain.

¹⁰ Dati disponibili presso il sito hatecrime.osce.org/italy. A livello nazionale è l'Oscad, Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, a raccogliere i dati sui soggetti che abbiano subito un reato fondato su motivi discriminatori; questi dati vengono elaborati in collaborazione con l'Unar, Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali. Bisogna tenere conto del fatto che i dati comunicati all'Osce sono relativi sia ai crimini d'odio aventi copertura normativa nell'ordinamento italiano, e quindi quelli di matrice etnico-raziale, nazionale, religiosa, o reati commessi nei confronti di persone disabili, ma comprendono anche i dati relativi ai crimini fondati su discriminazioni per l'orientamento sessuale o l'identità di genere, che però nell'ordinamento italiano non trovano copertura normativa. Di conseguenza i dati pubblicati dall'Osce non hanno un valore statistico in Italia rispetto al fenomeno osservato dal punto di vista giuridico, proprio a causa delle carenze normative dell'ordinamento. I dati sulle segnalazioni Oscad sono reperibili presso il sito interno.gov.it/segnalazioni-oscad.

604 ter c.p.¹¹.

Della categoria dei reati d'odio fanno parte le fattispecie del discorso d'odio, che si sostanziano in «*ogni comportamento consistente nell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica*»¹². Proprio con riferimento a questa categoria si pone il problema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, soprattutto perché l'art. 604 bis c.p. introduce sostanzialmente nuove fattispecie di reati di opinione che si affiancano a quelle "classiche", prima fra tutti l'art. 414 c.p., riportando a galla i tradizionali e risalenti problemi tipici di questa classe di reati, su cui la dottrina ha molto discusso, e che ha visto intervenire la Corte Costituzionale con sentenze ancora oggi cardinali. In definitiva, l'obiettivo del presente lavoro è quello di studiare la categoria dei reati d'odio, analizzando le molteplici ipotesi di reato contenute nell'art. 604 bis c.p.. Tra le fattispecie di *hate speech* presenti vi è anche quella di negazionismo, cui viene dedicato un capitolo a sé al fine di mettere meglio in evidenza il parallelismo tra la scelta dell'aggravante del legislatore italiano e le fattispecie presenti in altri ordinamenti. Infine, l'art. 604 ter c.p. che contiene la c.d. circostanza aggravante per finalità di discriminazione, applicabile in via generale a tutti i reati, ad esclusione di quelli puniti con la pena dell'ergastolo. Nel mettere in evidenza gli aspetti favorevoli e le criticità delle norme in

¹¹ Per l'iter legislativo delle norme in questione vedi *infra* Capitolo II, 2.1.

¹² Definizione contenuta nella Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Una definizione alternativa è quella prevista nella Raccomandazione (97)20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: «*con il termine discorso d'odio (Hate Speech) si intende qualunque forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, incluse l'intolleranza espressa attraverso il nazionalismo aggressivo e l'etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze, i migranti e le persone di origine migrante*».

questione, si intende fornire un quadro delle diverse posizioni presenti in dottrina e in giurisprudenza circa la legittimità di tali norme, in particolare rispetto al principio della libertà di manifestazione del pensiero, ma anche con riferimento ai principi costituzionali tipici del diritto penale, quali il principio di offensività, di materialità del reato, nonché il principio di proporzionalità della pena. L'interrogativo a cui si cerca di dare una risposta è sostanzialmente se il diritto penale possa essere davvero lo strumento più idoneo a perseguire determinate condotte, e dunque, se si sia rispettato il principio dell'*extrema ratio* che legittima il ricorso alla pena.

Il tutto ha delle conseguenze anche rispetto alle prospettive di riforma dei delitti contro l'eguaglianza: il discusso disegno di legge Zan ha portato alla ribalta il tema dei reati d'odio in Italia, proponendo di estendere le categorie protette dalle norme inserendo il riferimento al sesso, genere, orientamento sessuale, all'identità di genere e alla disabilità. Ai dubbi emersi in dottrina circa la legittimità degli artt. 604 bis e ter c.p., si aggiungono quindi i dubbi sulla legittimità e opportunità della proposta di riforma in questione.

CAPITOLO I

I REATI DI OPINIONE PRECEDENTI L'INTRODUZIONE DEI DELITTI CONTRO L'EGUAGLIANZA.

1.1 La repressione del dissenso nello Stato liberale e nello Stato fascista.

Il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto penale ha assunto nel tempo diverse configurazioni, inevitabilmente legate alle diverse forme di Stato che si sono susseguite a partire dall'Unità d'Italia. Nell'ordinamento italiano sono previste oggi diverse ipotesi di reato che presuppongono una limitazione della libertà di espressione, in ragione delle esigenze di tutela di beni ritenuti di rilevanza costituzionale, come può essere l'ordine pubblico, l'onorabilità della persona, la dignità umana. In questo quadro si inserisce la categoria dei reati di opinione, cioè «*fattispecie che incriminano la manifestazione, l'espressione, di un certo contenuto di pensiero*»¹³. All'interno di questa classe di reati non si esauriscono tutte le forme di limitazione a fini penali del pensiero espresso, ad esempio non

¹³ Cit. A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, p. 690; Bartoli definisce i reati di opinione come «*reati in cui la condotta si esaurisce nella sola manifestazione di un pensiero mediante l'utilizzo della parola*», cit. R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604 bis c.p.*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 2.

rientra in questa categoria il reato di diffamazione, né vi ha mai fatto parte l'ingiuria. Allo stesso modo però parte della dottrina tende ad escludere dalla categoria in questione anche le varie fattispecie di istigazione presenti nell'ordinamento¹⁴, e ciò è già di per sé indice della diversa legittimazione che si riconosce, da un lato, alle condotte di apologia, vilipendio e propaganda, classicamente ricomprese nella categoria dei reati di opinione, e dall'altro, all'istigazione stessa.

Nel codice attuale tali fattispecie si concentrano principalmente in due Titoli: nel I, dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato, e nel Titolo V in cui sono previsti i delitti contro l'ordine pubblico. Si tratta di norme che, nella maggior parte dei casi, e per quello che qui interessa, si configurano come reati di pericolo, in cui l'ordinamento sceglie di anticipare il momento di tutela, senza aspettare che il danno si produca, ma punendo già il pericolo che esso si verifichi¹⁵.

Sin dalla sua entrata in vigore il codice attuale contempla l'alternativa tra evento dannoso ed evento pericoloso, sancita agli artt. 40, 43 e 49, e quindi ammette un'anticipazione della soglia di punibilità di fronte a beni giuridici che si intendono tutelare da possibili danni. I reati di opinione appartengono a questa categoria nella misura in cui puniscono una manifestazione del pensiero istigatrice, apologetica o di propaganda, in virtù dell'evento di pericolo che può derivarne. Come tali sono quindi anche interessati dalla annosa distinzione tra pericolo astratto e pericolo concreto: si parla di pericolo

¹⁴ Vedi A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 691, L'autore ricomprende nella nozione di reati di opinione quattro classi di ipotesi delittuose: 1) le varie forme di vilipendio, propaganda, e apologia, incriminate tra i delitti contro lo Stato; 2) l'apologia di delitto, incriminata tra i delitti contro l'ordine pubblico (414, terzo comma, c.p.); 3) i diversi casi di vilipendio contro la religione di Stato o i culti ammessi; 4) la propaganda razzista, di cui alla prima parte della lett. a, del primo comma dell'art. 3 della Legge 654/1975.

¹⁵ In tema di reati di pericolo si veda M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006.

astratto o presunto quando la legge non richiede di accertare che il pericolo si sia verificato effettivamente, accontentandosi della presunzione dello stesso formulata dalla legge medesima, e quindi limitando l'accertamento al verificarsi della condotta senza interessarsi degli effetti concretamente prodotti. Diversamente, configurando le fattispecie in termini di pericolo concreto, il giudice sarà chiamato ad accertare l'effettivo realizzarsi del pericolo, non bastando la mera presunzione¹⁶.

Per delineare quello che è oggi lo statuto giuridico dei reati di opinione non si può prescindere dall'analisi dei contesti giuridici precedenti, per capire quali sono state nel tempo le ragioni che hanno legittimato una limitazione, attraverso la legge penale, della libertà di espressione. Ciò permette anche di evidenziare una continuità rispetto alle problematiche che dà tempo la dottrina ritiene presenti all'interno di questa categoria di reati.

Partendo dal contesto liberale, è bene ricordare prima di tutto che non vi era un documento costituzionale modernamente inteso, piuttosto fu lo Statuto Albertino a rappresentare la prima forma di Costituzione concessa dal Re Carlo Alberto il 4 marzo del 1848, e divenuta poi Carta fondamentale dell'Italia unita a partire dal 17 marzo 1861. Rientra nella categoria delle costituzioni c.d. "ottriate", tipiche del periodo liberale, in cui è il Re che concede la costituzione e con essa i diritti contenuti al suo interno, che non sono quindi ancora concepiti come diritti propri dell'uomo in quanto tale, intrinseci e inviolabili.

Nello Statuto Albertino non si aveva un riconoscimento della generica libertà

¹⁶ Cfr. nella manualistica A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 229; vedi anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VIII, Milano, 2019, p. 252; definizione simile veniva data da E. Gallo che in riferimento ai reati di pericolo concreto parla di fattispecie in cui il pericolo appare come evento naturalistico che si pone in rapporto alla condotta, e dunque questi sarebbero reati di evento di pericolo; invece nei reati di pericolo astratto la qualificazione pericolosa colpisce la condotta stessa, e quindi si parla di reati di condotta pericolosa. Cfr. E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, p. 26.

di espressione, ma piuttosto l'art. 28 si limitava a concedere la libertà di stampa, sebbene entro limiti molto ristretti: «*la stampa sarà libera ma una legge ne reprimerà gli abusi*», affermava¹⁷. In attuazione di questa disposizione venne emanato l'Editto albertino sulla stampa, del 26 marzo 1848, sostanzialmente un elenco di reati, alcuni dei quali di nuova formulazione, altri ripresi dal codice penale del 1839: vi erano fattispecie che incriminavano le offese alla religione cattolica, l'art. 16 dell'Editto puniva le offese ai buoni costumi, l'art. 19 introduceva il reato di offese rivolte alla Sacra persona del Re, e si punivano anche le offese pubbliche contro il Senato e la Camera¹⁸. Una disposizione particolarmente rilevante era poi quella contenuta nell'art. 24 dell'Editto, il quale stabiliva che sarebbe stata sanzionata «*qualunque offesa contro l'inviolabilità del diritto di proprietà, il rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali, e contro l'ordinamento della famiglia*». Compare qui per la prima volta l'espressione "apologia" che entrerà poi nel codice del 1889; inoltre la disposizione elenca una serie di valori irrinunciabili, primo fra tutti il diritto di proprietà, contro i quali dunque non sarebbero stati ammessi neppure attacchi prettamente verbali¹⁹.

Le disposizioni dell'Editto unite a quelle del codice penale vigente facevano sì che rimanesse ben poco della libertà di stampa affermata. Emerge già in questa fase storica la tendenza, da parte dello Stato, a garantire il mantenimento dell'assetto politico e istituzionale del potere attraverso lo strumento del diritto penale, e, in particolare, attraverso la repressione della

¹⁷ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 10.

¹⁸ Cfr. W. CAVAGNARI V., *I delitti contro l'ordine pubblico*, in P. COGLIOLO (a cura di), *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, II, Parte I, Milano, 1888, p. 732.

¹⁹ In questo senso G. LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia dall'Editto Albertino alle norme vigenti*, Milano, 1969, p. 18.

libertà ideologica. In continuità con questa tendenza, anche il legislatore fascista usufruì delle fattispecie di apologia, istigazione, vilipendio e propaganda, in quanto strumenti preventivo-repressivi efficaci per combattere il dissenso politico-ideologico²⁰.

L'Editto Albertino rimase in vigore per quasi un secolo come fonte principale della legislazione in materia di stampa; i codici penali che seguirono alla sua promulgazione non fecero altro che riprendere i reati in esso contenuti e trasformarli in reati comuni, ampliandone così l'ambito di applicazione. Si determinò una sovrapposizione tra le norme dell'Editto e le fattispecie comuni contenute nel codice, e conseguentemente si moltiplicarono le occasioni di intervento repressivo²¹.

Con la promulgazione del codice Zanardelli del 1889 si proseguì in questa direzione: molte delle fattispecie previste come reati di stampa nell'Editto divennero fattispecie generali, furono trasfuse nel nuovo codice penale e non venne più applicato il regime di favore che l'Editto riservava ai reati di stampa. Le norme maggiormente adoperate per reprimere il dissenso politico furono l'art. 246²², che puniva l'istigazione a delinquere, e l'art. 247, che stabiliva che *«chiunque pubblicamente fa apologia di un fatto che la legge prevede come delitto, o incita alla disobbedienza della legge, ovvero incita all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è punito con la detenzione da tre mesi a un anno e con la multa da lire cinquanta a mille»*.

²⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2007, p. 85.

²¹ C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 23.

²² Art. 246 codice penale 1889: *«Chiunque pubblicamente istiga a commettere un reato è punito, per il solo fatto della istigazione: 1. con la reclusione da tre a cinque anni, se trattasi di un delitto per il quale sia stabilita una pena superiore alla reclusione; 2. con la reclusione o con la detenzione sino a due anni, se trattasi di un delitto per il quale sia stabilita l'una o l'altra di queste pene; 3. con la multa sino a lire mille, negli altri casi. Nei casi preveduti nei numeri 2° e 3° non si può mai superare il terzo del massimo della pena stabilita per il reato cui si riferisce la istigazione»*.