

LA DECISIONE QUADRO 2008/913/GAI CONTRO IL RAZZISMO E LA XENOFOBIA: UNA «OCCASIONE PERSA» PER L'ITALIA?

*Teresa Maria Moschetta**

SOMMARIO: 1. I recenti sviluppi delle pratiche razziste in relazione ai fenomeni migratori: la Dichiarazione ed il Piano d'azione di Durban. – 2. La rilevanza penale della lotta al razzismo e il contemperamento con gli obblighi di tutela della libertà di espressione. – 3. La decisione quadro 2008/913/GAI: una soluzione di compromesso a fronte di un lungo *iter* d'adozione. 4. – La conformità dell'ordinamento italiano con la decisione quadro 2008/913/GAI: normativa penale rilevante e prospettive di sviluppo sul piano interno.

1.- I fenomeni del razzismo e della xenofobia si declinano storicamente in una varietà di accezioni che possono includere sia «orientamenti culturali» volti ad affermare l'esistenza di presunte differenze genetiche ed attitudinali tra gli uomini a seconda della razza di appartenenza sia vere e proprie «visioni politiche» che si pongono alla base di legislazioni e pratiche repressive¹. Essi, pertanto, possono tradursi in forme ed espressioni diverse a seconda che vengano perpetuate come espressione legale di esercizio del potere statale ovvero si traducano in pratiche di esclusione ed emarginazione, se non addirittura in manifestazioni di violenza, poste in essere a livello interpersonale contro soggetti che vengono considerati in termini distintivi in ragione delle loro particolari caratteristiche o del loro *status* giuridico o sociale².

¹ Il presente saggio riprende i contenuti della relazione svolta nell'ambito del Convegno «Il Processo bi-direzionale dell'integrazione» tenutosi presso l'Università Roma Tre in data 3-4 ottobre 2013 con l'inserimento di approfondimenti ed aggiornamenti.

² Le definizioni di «razzismo» proposte dalla dottrina danno conto di diverse accezioni del fenomeno in esame. Nel significato per così dire «classico o debole» il razzismo si esprime in convinzioni culturali o in misure occasionali che vengono a coincidere con l'affermazione

Le considerazioni che precedono inducono a sottolineare come la portata delle nozioni di «discriminazione razziale», «razzismo» e «xenofobia» richieda una specificazione in relazione al contesto socio-economico di riferimento. La storia insegna che le manifestazioni di ostilità verso il «diverso» tendono ad acuirsi in situazioni di depauperamento civile ed economico e l'attuale collegamento esistente tra fenomeno migratorio, crisi economica e recrudescenza di forme di intolleranza razziale possono risultare sintomatiche di un malessere sociale che induce a considerare in termini di minaccia tutto ciò che viene percepito come esterno alla propria sfera di interessi³.

Le statistiche più recenti relative alle difficoltà di integrazione sociale degli immigrati mostrano come il «razzismo» si rivolga oggi in particolar modo contro quei soggetti che sono considerati causa della disoccupazione, della criminalità, del decadimento dei servizi sociali ovvero di quel generale senso di insicurezza che accompagna le società dei paesi riceventi. Inoltre, tale malessere sociale rischia di creare terreno fertile per l'attecchire di condotte di propaganda xenofoba e di istigazione all'odio soprattutto in mancanza di politiche responsabili da parte delle autorità pubbliche e di strumenti di rilevazione, controllo e sanzione di tutte quelle pratiche foriere di alimentare il fenomeno razzista in tutte le sue declinazioni⁴.

La Dichiarazione ed il Programma d'azione adottati dalla Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e le

di presunte differenze genetiche ed attitudinali tra gli uomini a seconda della razza di appartenenza. Nella accezione «forte» il termine razzismo si riferisce ad una vera e propria visione politica che si pone alla base di legislazioni e politiche repressive delle razze ritenute inferiori. A questo riguardo vedi G. Bianco, *Razzismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, 1997, 477 s.

³ Per una riflessione sulle origini del razzismo e sulle connotazioni socio-economiche del fenomeno vedi: S. Ahmed, *The Organization of Hate*, in *Law and Critique*, 2001, 345 s.; L. Blum, *Racism: What It Is and What It Isn't*, in *Studies in Philosophy and Education*, 2002, 203 s.; G. Ruggero, *Razzismo illuminato, le origini del razzismo e della schiavitù moderna*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2012, 181 s.

⁴ Per una presentazione complessiva del rapporto tra fenomeno migratorio e razzismo vedi M. Bell, *Racism and equality in the European Union*, Oxford, 2008; I. Possenti, *Intercultura, nuovi razzismi e migrazioni*, Pisa, 2009; P. Basso - F. Perocco, *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo lotte*, Milano, 2011.

forme di intolleranza ad essa collegate, che si è tenuta a Durban nel 2001, evidenziano chiaramente lo stretto nesso esistente tra le problematiche connesse all'immigrazione e la configurazione attuale del fenomeno della discriminazione razziale, del razzismo e della xenofobia. In particolare, il razzismo e la xenofobia si rivolgono verso gruppi che vengono percepiti in termini di preconcetta alterità pur presentando al loro interno caratteristiche eterogenee⁵.

Il Piano d'azione di Durban contempla una serie articolata di interventi volti a fronteggiare il fenomeno del razzismo e della xenofobia sotto il profilo della prevenzione e della sanzione penale. In via generale, si richiede agli Stati di combattere le manifestazioni di rigetto dei migranti e di scoraggiare attivamente tutte le dimostrazioni razziste e gli atti forieri di comportamenti xenofobi e di sentimenti negativi o di rifiuto dei migranti⁶.

I tragici eventi che hanno connotato il primo decennio di questo secolo hanno determinato il fallimento dei propositi prospettati a Durban. La preoccupazione di attentati terroristici nei paesi occidentali, la crisi economica globale, la nuova fisionomia dei flussi migratori hanno procurato l'esacerbarsi delle tendenze xenofobe che oggi si indirizzano in particolar modo contro le comunità islamiche, i rom e gli immigrati di colore. La predisposizione di politiche migratorie volte più al «contenimento» che alla «integrazione» hanno senza dubbio contribuito a determinare una battuta

⁵ La Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e le relative intolleranze si è tenuta a Durban in Sud Africa dal 21 agosto al 7 settembre 2001. Nonostante il clima di forti tensioni tra gli Stati partecipanti, la Dichiarazione adottata ed il relativo piano d'azione costituiscono ancora oggi il parametro fondamentale per l'orientamento della Comunità internazionale in materia. Per ulteriori approfondimenti vedi <http://www.un.org>.

⁶ In particolare, si fa menzione di una pluralità di misure comprensive del rafforzamento del rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, della persecuzione penale degli atti di razzismo e di ogni manifestazione tesa a disconoscere o minimizzare la portata del fenomeno, della predisposizione di strumenti di sensibilizzazione sociale e dell'elaborazione di attività di monitoraggio per favorire lo sviluppo di politiche coerenti in materia di immigrazione. A questo riguardo vedi F. Vassallo Paleologo, *Monitoraggio della discriminazione e della xenofobia contro i migranti, assistenza legale e interventi sociali: quali prospettive dopo la Conferenza di Durban*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, 59 s.

d'arresto nell'attuazione del piano d'azione di Durban⁷.

Nessun paese interessato dal fenomeno delle immigrazioni sembra essere realmente immune da derive razziste e xenofobe. In determinate condizioni socio-culturali, infatti, il naturale senso di appartenenza che connota i componenti di una determinata collettività può degenerare in forme di disprezzo e rigetto nei confronti di individui e gruppi di diversa origine razziale o etnica. La condotta criminale di singoli individui può pertanto trovare sostegno nella silente accettazione da parte del proprio gruppo di riferimento e connotarsi di una forte componente ideologica⁸.

La tendenza prospettata trova conferma nelle più recenti rilevazioni relative alla situazione nel contesto italiano che pongono in luce come la percentuale maggiore di atti di razzismo e di xenofobia si rivolga contro individui o gruppi di immigrati. Il dato in questione, se da un lato riflette la maggiore attenzione profusa nel monitoraggio e contrasto alla pratiche razziste e xenofobe nell'ambito del fenomeno migratorio, d'altro conferma come politiche migratorie inefficaci possano offrire terreno fertile per atteggiamenti razzisti e xenofobi nei confronti degli immigrati⁹.

La Dichiarazione di revisione del piano d'azione di Durban fa leva su tali

⁷ L'adeguatezza della politica migratoria in ambito europeo è stata oggetto di un'ampia ed approfondita analisi in dottrina che ha rilevato luce ed ombre ancora persistenti in materia. Per un approfondimento sul punto vedi D. E. Tosi, *Rassegna comparatistica sulla normativa in ordine alla disciplina dell'immigrazione*, in *Dir. pubbl. comparato e europeo*, 2003, 800 s.; G. Caggiano, *L'integrazione europea «a due velocità» in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1098 s.; Id., *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 105 s.; F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione «irregolare» e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 156 s.; A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2011, 13 s.; A. Patroni Griffi, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2011, 3 s.

⁸ A questo riguardo vedi L. Story Johnson, *The Integration of the European Union and the Changing Cultural Space of Europe: Xenophobia and Webs of Significance*, in *International Journal of Semiot Law*, 2012, 2011 s.

⁹ A questo riguardo vedi S. Mezzadra, *Il nuovo regime migratorio europeo e le metamorfosi contemporanee del razzismo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 13 s.; A. Viviani, *Immigrazione, nuove forme di schiavitù e la tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2011, 103 s.

aspetti e rinnova l'impegno della comunità internazionale a sviluppare misure interne tese a eliminare tutte le forme di discriminazione razziale ed a prevedere adeguate sanzioni penali contro ogni forma di incitamento alla violenza da parte di gruppi xenofobi e razzisti, dando attuazione alla Convenzione ONU contro il razzismo e la xenofobia. Il passaggio dalla definizione astratta di «razzismo e xenofobia» alla definizione di strumenti di contrasto effettivamente operativi, tuttavia, viene a misurarsi con la dimensione fattuale del fenomeno e del contesto di riferimento¹⁰.

La Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale contempla l'adozione a livello nazionale di un duplice ordine di misure volte ad eliminare non solo la disparità di trattamento e le discriminazioni materiali tra soggetti per motivi razziali ma anche quella attitudine culturale che nelle forme più perverse si sviluppa in sentimenti di odio tesi ad estromettere persone o gruppi dal contesto sociale di riferimento in ragione di una presunta diversità¹¹. Le parti contraenti sono pertanto tenute ad

¹⁰ T. Di Ruzza, *La Conferenza d'esame della Dichiarazione e il Programma d'azione di Durban contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e la correlata intolleranza*, in *Iustitia*, 2009, 373 s.

¹¹ Il problema della discriminazione razziale ha trovato specifico riconoscimento nella normativa convenzionale a livello internazionale negli anni sessanta del secolo scorso quando il regime di *apartheid* in Sud Africa suscitò una nuova ondata di sdegno contro ogni pratica statale volta ad emarginare singoli individui o gruppi connotati da specifiche caratteristiche etniche, razziali e religiose. La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1963 costituisce ancora oggi il paradigma di sviluppo degli strumenti convenzionali in materia e delle legislazioni degli Stati aderenti. La Convenzione offre una definizione ampia del suo campo d'applicazione includendo «ogni distinzione, esclusione, restrizione, o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale o in altro settore della vita pubblica». In particolare, l'articolo 4 della Convenzione ONU sancisce la condanna statale di «ogni propaganda e di ogni organizzazione che si ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio o di discriminazione razziale». A questo riguardo vedi T. Meron, *The Meaning and Reach of the International Convention on the elimination of all form of racial discrimination*, in *American Journal of International Law*, 1985, 283 s.; J. Song, Q. Kong, *A Generalization of the Obligation to Prevent: From Genocide Convention to Racial Discrimination*, in *Frontiers of Law in China*, 2011, 1 s.

adottare misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione e ad ogni atto discriminatorio nel rispetto dei principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹².

Le misure previste dalla Convenzione ONU contro il razzismo e la xenofobia devono trovare applicazione all'interno degli ordinamenti giuridici statali. Gli Stati membri dell'Unione europea sono tutti parti contraenti della suddetta convenzione ed hanno assunto i relativi obblighi in ambito internazionale. L'Unione europea non figura tra le parti contraenti della Convenzione ONU ma il rispetto dei diritti umani costituisce il paradigma fondamentale delle sue azioni e connota l'esercizio delle sue competenze negli ambiti di attribuzione contemplati nei trattati¹³.

2.- Le misure di contrasto alla discriminazione razziale assumono una dimensione penale nel momento in cui vengono a sanzionare condotte che abbiano come obiettivo od effetto l'emarginazione e la violenza perpetuate contro soggetti considerati estranei al contesto sociale di riferimento. La prevenzione e repressione di tale fenomeno risulta peraltro problematica se

¹² Ai sensi della Convenzione ONU contro il razzismo le parti contraenti sono tenute a contemplare quale reato perseguibile penalmente «a) la diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razziste, compreso il loro finanziamento; b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività; c) a non permettere né alle autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale». Un aspetto di particolare rilievo della Convenzione ONU contro il razzismo concerne la previsione di un sistema di monitoraggio della condotta degli Stati parte che include tanto le classiche forme di «controlli interstatali» quanto la possibilità di ricorsi «individuali» presentati dai soggetti che si ritengono vittime di pratiche statali discriminatorie. A questo riguardo vedi A. Cassese, *Il sistema di garanzia della Convenzione Onu sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, in *Riv. dir.internaz.*, 1967, 270 s.

¹³ Sul valore costituzionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea vedi J. Ziller, *I diritti umani fondamentali tra tradizioni costituzionali e «costituzionalizzazione» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Convegno dell'Università degli Studi G. D'Annunzio, Chieti-Pescara, 6/7 maggio 2010)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 539.

si considera il fondamentale ruolo svolto dai moderni strumenti di comunicazione nella diffusione di idee razziste e xenofobe¹⁴.

La stigmatizzazione di ogni pratica volta a diffondere idee razziste e xenofobe costituisce il comune denominatore dei principali atti adottati a livello internazionale sul tema. Come si è già posto in rilievo, la Convenzioni ONU contro il razzismo pone in capo agli Stati parte l'obbligo di adottare ogni misura necessaria a contrastare e a rendere penalmente perseguibile tali pratiche di istigazione all'odio. Il medesimo orientamento si rinviene anche nelle raccomandazioni del Consiglio d'Europa che in diverse occasioni si è pronunciato sulla necessità di contrastare le dichiarazioni inneggianti all'odio, all'intolleranza e alla xenofobia e tutte le espressioni che diffondono, incitano, promuovono e giustificano la xenofobia, l'odio razziale e l'antisemitismo¹⁵.

¹⁴ In particolare, Internet costituisce un spazio di sicura visibilità per soggetti che nell'anonimato possono pubblicare testi o video inneggianti all'odio ed alla violenza in ragione di una presunta superiorità di razza. Le difficoltà di controllo su una arena che trascende i confini di ciascuno Stato rende necessaria la predisposizione di strumenti preventivi e sanzionatori che tengano conto della peculiarità delle situazioni e degli attori coinvolti. A questo riguardo vedi: D. Rasetti, *Scena criminis, tracce informatiche e formazione della prova*, in *Cyberspazio e diritto*, 2003, 273 s.; L. Viola, *Diffamazione, Internet e scriminante della libera manifestazione del pensiero*, in *StudiumIuris*, 2009, 429 s.; M. Bettoni, *Terrorismo e Internet: alcune considerazioni giuridiche, politiche e tecnologiche*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 231 s.; S. Bisi, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero. Le recenti tendenze europee ed il caso francese*, ivi, 2010, 395 s.; A. L. Valvo, *Le nuove frontiere dell'insicurezza internazionale: fra terrorismo internazionale e terrorismo informatico*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2011, 50 s.; S. Rauch, K. Schanz, *Advancing racism with Facebook: Frequency and Purpose of Facebook use and the acceptance of prejudiced and egalitarian messages*, in *Computers in Human Behaviour*, 2013, 610 s.

¹⁵ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contemplava in origine un riferimento specifico alla discriminazione razziale, pur prevedendo il riconoscimento dei diritti e delle libertà in essa enunciati per ogni persona sottoposta alla giurisdizione delle parti contraenti. Il Protocollo n. 12 adottato nel 2000 ha colmato tale lacuna introducendo il divieto generale di ogni discriminazione che si sostanzia nell'obbligo di assicurare il godimento di ogni diritto previsto dalla legge senza nessuna distinzione basata sul colore, la lingua, le opinioni politiche, la religione, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita ed ogni altra condizione. Il Consiglio d'Europa ha anche creato un sistema di monitoraggio attraverso l'istituzione della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) che si occupa appunto di rilevare possibili lacune negli ordinamenti giuridici degli Stati membri nonché di far emergere buone pratiche

La necessità di attuare una effettiva sanzione penale di atti di natura razzista o xenofoba realizzati attraverso strumenti informatici ha trovato recente riconoscimento proprio nell'ambito del Consiglio d'Europa mediante la conclusione di un apposito Protocollo posto a completamento della Convenzione internazionale contro i crimini informatici¹⁶. Lo strumento convenzionale in questione contempla le condotte che devono essere penalmente perseguite negli ordinamenti giuridici degli Stati parte e sembra dare veste giuridica vincolante alle istanze di criminalizzazione penale delle pratiche razziste e xenofobe. La descrizione di ciascuna pratica suscettibile di definizione e sanzione penale, tuttavia, viene completata dalla precisazione che gli Stati parte rimangono liberi di decidere di non considerare illecito penale tali pratiche qualora non producano minaccia, offesa o violenza verso gli individui o gruppi coinvolti¹⁷.

Il margine di autonomia riconosciuto agli Stati nella determinazione delle fattispecie penali ridimensiona la portata innovativa del protocollo che sembra riflettere appieno la difficoltà di contemperare il riconoscimento della diffusione di idee razziste e xenofobe quali reati penalmente sanzionabili e la tutela del diritto fondamentale alla libertà di espressione e di associazione. La ricerca di un adeguato contemperamento tra l'esercizio di

nel contrasto ai fenomeni razzisti e xenofobi. Le relazioni pubblicate periodicamente dall'ECRI in relazione a ciascun paese membro del Consiglio d'Europa costituiscono un importante strumento di rilevazione del fenomeno e di orientamento delle politiche statali in materia. A questo riguardo vedi A. Beccarini, *Conferenza europea contro il razzismo: Strasburgo, 11-13 Ottobre 2000: conclusioni generali della conferenza europea contro il razzismo*, in *Rass.Penit.ecrimin.*, 2002, 281 s.

¹⁶ Vedi Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, entrato in vigore il 1 gennaio 2004. A questo riguardo vedi R. Mazza, *Recenti sviluppi sulla repressione internazionale dei crimini informatici*, in *Comunità internaz.*, 2004, 91 s.

¹⁷ Vedi Protocollo addizionale alla convenzione sulla criminalità informatica relativo alla incriminazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi a mezzo di sistemi informatici del 28 gennaio 2003 entrato in vigore il 1 marzo 2006. In particolare, gli articoli 3 - 7 considerano reati suscettibili di rilevanza penale la diffusione al pubblico di materiale razzista e xenofobo, la minaccia di commettere crimini contro individui o gruppi identificati sulla base razziale, l'offesa pubblica nei confronti di individui a causa della loro origine razziale e la distribuzione di materiale al fine di negare, minimizzare o giustificare la commissione di crimini di genocidio e di crimini contro l'umanità.

tali libertà e la sanzione delle pratiche razziste e xenofobe costituisce infatti uno degli aspetti più controversi del tema in oggetto¹⁸.

Gli strumenti convenzionali in materia di diritti umani riconoscono la libertà di espressione ed associazione quale diritto inalienabile dell'essere umano che può incontrare un limite solo nel caso in cui l'esercizio di tale diritto arrechi una rilevante offesa sociale. Il requisito della «offesa alla reputazione ed ai diritti di altri esseri umani» ai fini della limitazione della libertà di espressione risulta comprensivo di ogni offesa alla dignità degli esseri umani intesi nella loro generalità e non sembra riferibile esclusivamente a «condotte associate a odio e violenza nei confronti di individui o gruppi determinati o determinabili» che sono invece contemplate nel Protocollo alla Convenzione sul crimine informatico¹⁹.

La limitazione prospettata dal Protocollo in merito alla definizione penale di atti razzisti e xenofobi potrebbe essere considerata sotto una duplice lente: da un lato, essa garantisce la libertà di espressione nei limiti in cui essa venga legittimamente esercitata; dall'altro, riduce la possibilità di sanzionare penalmente pratiche razziste e xenofobe che non producano offesa o danno tangibile a soggetti determinati o determinabili. L'effetto

¹⁸ A questo riguardo, appare utile sottolineare la diversa sensibilità che caratterizza le legislazioni nazionali con riferimento al problema della diffusione di idee razziste e xenofobe tramite Internet, considerando che taluni Stati assumono atteggiamenti più restrittivi mentre altri si mostrano più tolleranti. Ad esempio, negli Stati Uniti la diffusione di materiale razzista e xenofobo mediante strumenti informatici non viene penalizzato in ossequio ai principi del rispetto della libertà di espressione e tale situazione rende quantomeno complesso il controllo di contributi mediatici che si diffondono al di là dei confini nazionali. Sul tema vedi S. Volterra, *Libertà di espressione ed «espressioni odiose» nella società pluralista. I casi degli USA e del Canada*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, 67 s.; O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 85 s.; E. Stradella, *Protezione dell'hatespeech e tutela dell'espressione avente rilevanza pubblica negli Stati Uniti d'America: il caso Snyder vs Philips*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2011, 215 s.

¹⁹ In particolare, il Patto sui diritti civili e politici pone alla base dell'esercizio della libertà di espressione il «principio di responsabilità» e contempla la possibilità che le legislazioni nazionali prevedano limitazioni volte al «rispetto dei diritti e della reputazione altrui». In base allo stesso principio, anche la Convenzione europea sui diritti dell'uomo contempla possibili restrizioni e sanzioni quali «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 reputazione e dei diritti altrui».

perverso dell'istigazione all'odio razziale, tuttavia, consta nella diffusione di una attitudine ostile che contribuisce all'emarginazione sociale dei soggetti interessati e che solo nelle sue forme più gravi si manifesta in atti di offesa o violenza a carico di singoli individui o gruppi. La definizione di una netta distinzione tra pratiche riconducibili al legittimo esercizio della libertà di espressione e pratiche illegittime in quanto arrecanti offesa alla dignità di essere umani implica dunque una sintesi tra interessi e diritti tutti ugualmente rilevanti che non può non risentire del contesto sociale di riferimento²⁰.

La pronunce adottate sul tema dagli organi internazionali deputati al controllo del rispetto dei diritti fondamentali confermano l'attenzione rivolta al contesto fattuale nella determinazione del limite da porre alla libertà di espressione qualora essa possa arrecare offesa all'altrui dignità. Il margine discrezionale riconosciuto agli Stati parte dal protocollo alla convenzione sui crimini informatici, pertanto, riflette una soluzione di compromesso nella misura in cui limita la portata della giurisprudenza internazionale sul tema²¹.

La mancanza d'accordo sul rilievo penale da accordare ad atti a sfondo razzista e xenofobo si rinviene anche nel più ristretto contesto dell'Unione

²⁰ J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1993 s.; O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, cit., 85 s.; S. Dondi, *La memoria legislativa disarmata. Considerazioni a margine della decisione 2012/647/DC del Conseilconstitutionnel in merito all'ultima legge francese incriminatrice del negazionismo storico*, in *Studium Iuris*, 2013, 424 s.

²¹ Nell'ambito dell'applicazione del Patto sui diritti politici e civili, il Comitato dei diritti dell'uomo ha ritenuto penalmente perseguibile la pubblicazione di scritti volti a negare l'utilizzo delle camere a gas come strumenti di sterminio in considerazione del suo potenziale effetto di istigazione all'odio antisemita. Sul punto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo decisivo nel contemperare il diritto alla libertà di espressione e di associazione con la condanna ferma di ogni forma di istigazione all'odio e alla violenza determinata da motivazioni razziste nonché di ogni tentativo di disconoscere o minimizzare la portata dei più tragici eventi della storia umana con il rischio di una rinnovata emersione di sentimenti xenofobi. Per una analisi puntuale della giurisprudenza sul tema vedi: S. Giordano, *La repressione legale del negazionismo storico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Pace diritti umani*, 2006, 86 s.; P. Bargiacchi, *Cenni sulle tendenze della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, 70 s.; M. Castellaneta, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 65 s.

europea. Il difficile bilanciamento tra la tutela della libertà di espressione e di associazione e la condanna penale di pratiche che possono alimentare sentimenti di odio nei confronti di soggetti connotati per razza o origine etnica, infatti, si è manifestato anche nel lungo *iter* di adozione della decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale²².

L'atto in questione è stato adottato nell'ambito della competenza dell'Unione europea relativa allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» che, ai sensi dell'art. 67 TFUE (*ex* articoli 61 TCE e 29 TUE), contempla il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali quale strumento per garantire un elevato livello di sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti umani fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

3.- La questione del contrasto ad ogni forma di intolleranza, razzismo e xenofobia è stata affrontata nell'ambito dell'ordinamento comunitario in stretto collegamento all'integrazione della promozione e della difesa dei diritti umani tra i valori fondanti della Comunità europea. L'istituzione dell'Unione europea ed il relativo superamento della dimensione prettamente economica del processo di integrazione ha portato al progressivo sviluppo di un approccio volto a considerare la lotta al razzismo ed alla xenofobia come parte della creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²³.

L'obiettivo fondamentale da perseguire in tale contesto riguarda la previsione di legislazioni penali armonizzate e la predisposizione di forme di collaborazione e coordinamento tra le autorità giurisdizionali degli Stati

²²Vedi 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, g.u.u.e L. 328, 6 dicembre 2008, 55 s.

²³ Per una più ampia analisi degli sviluppi relativi agli obiettivi e strumenti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia vedi P. Bilancia, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2004, 345 s.; M. D'Amico, *Le politiche europee in materia di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rass. Dir. pubbl.europeo*, 2004, 99 s.; G. Caggiano, *L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, 335 s.

membri. Le differenze esistenti tra le legislazioni penali nazionali, infatti, costituiscono l'ostacolo principale ad impedire l'impunità di tali condotte²⁴.

L'intento di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri in materia di lotta al razzismo e la xenofobia mediante strumenti di diritto penale si colloca nell'ambito del dibattito politico che ha fatto da sfondo alla Conferenza di Durban sul razzismo e la xenofobia. Le preoccupazioni internazionali inerenti alla dimensione del fenomeno razzista e xenofobo, la necessità di creare un quadro normativo quanto più possibile omogeneo per la persecuzione di tali tipi reati ed il ruolo fondamentale riconosciuto alla cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri costituivano i motivi ispiratori di tale proposta²⁵.

La proposta di decisione quadro della Commissione europea perseguiva un duplice obiettivo individuato nella definizione penale dei reati di razzismo e xenofobia mediante la «previsione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» e nella eliminazione dei potenziali ostacoli alla cooperazione giudiziaria. Essa dunque mirava alla definizione di

²⁴ A questo riguardo vedi comunicazione della Commissione, del 13 dicembre 1995, contro il razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo, COM (95) 653 def.; Comunicazione della Commissione, del 1 giugno 2001, Contributo alla Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e l'intolleranza ad essa connessa (Durban) Sud Africa 31 agosto - 7 settembre 2001, COM (2001) 291 def.

²⁵ L'integrazione della tematica della lotta al razzismo ed alla xenofobia nelle competenze dell'Unione in materia di libertà sicurezza e giustizia aveva già trovato espressione nell'azione comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996 relativa agli interventi di contrasto del razzismo e della xenofobia adottata in base all'art. K.3 del Trattato di Maastricht, che aveva l'obiettivo di garantire un'efficace azione giudiziaria tra gli Stati membri in materia. L'azione comune sottolineava la necessità di impedire agli autori di questi reati di trarre vantaggio dalla differenza di trattamento in vigore negli Stati membri, spostandosi da uno Stato all'altro per trarne giovamento. A tal fine, gli Stati membri avrebbero dovuto riconoscere la definizione penale dei reati di razzismo e xenofobia e derogare al principio della doppia incriminazione ai fini dell'estradizione. La successiva risoluzione del Consiglio che proclamava il 1997 quale «anno europeo contro il razzismo» ed istituiva l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e di xenofobia costituisce un ulteriore atto indicativo di tale cambiamento di prospettiva che verrà confermato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999. Da quel momento, la lotta al razzismo ed alla xenofobia verrà integrata quale parte delle politiche dell'Unione divenendo requisito d'accettazione anche nell'ambito del processo di allargamento a nuovi Stati membri.

un'impostazione penale comune nei confronti del fenomeno in esame che fosse in grado di superare la disomogeneità delle legislazioni penali e la realizzazione di una effettiva persecuzione penale degli atti contemplati, pur nel rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute nelle convenzioni internazionali e nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri. A questo particolare riguardo, la Commissione sottolineava l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra l'esercizio della libertà di espressione e la sanzione di azioni criminali nel rispetto della dignità e dei diritti di ciascun essere umano²⁶.

La decisione quadro è stata adottata sette anni dopo l'avvio della procedura normativa da parte della Commissione europea ed il suo contenuto riflette l'ampio dibattito che ne ha accompagnato l'iter di formazione. I punti maggiormente controversi riguardavano non solo il contemperamento tra sanzione penale ed esercizio delle libertà fondamentali ma anche aspetti più propriamente procedurali relativi alla cooperazione giudiziaria ed alla definizione dell'intento razzista o xenofobo quale aggravante di pena per i reati ordinari. La comparazione della proposta e del testo definitivo della decisione quadro mostra come essa sia il frutto di un compromesso che ha in parte ridimensionato gli ambiziosi obiettivi posti dalla Commissione europea²⁷.

Una prima importante lacuna della decisione quadro concerne la mancanza di una definizione unitaria di razzismo e di xenofobia che invece era presente nel testo della proposta. Eppure la definizione dell'oggetto del crimine risulta essenziale nella rilevazione di un approccio comune in ossequio al fondamentale principio della tipicità dei reati penali e delle relative sanzioni. La previsione di una definizione delle nozioni di «razzismo e xenofobia», «organizzazioni xenofobe» e «persone giuridiche» avrebbe

²⁶ Vedi proposta di decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2001, sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, COM (2001) 664 def.

²⁷ A questo riguardo vedi S. Dall'Oglio, N. Plastina, *Bruxelles: approvata la decisione quadro dell'Unione contro il razzismo e la xenofobia. Parigi: celebrato il sessantesimo anniversario della firma della Convenzione delle Nazioni Unite contro il genocidio*, in *Diritti dell'uomo-Cronache e battaglie*, 2009, 62 s.; C. Mancuso, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir.pen.proc.*, 2009, 645 s.

peraltro contribuito ad una più omogenea applicazione delle disposizioni penali²⁸.

La riluttanza nello specificare la portata penale degli atti di razzismo e di xenofobia si rinviene anche nelle modifiche apportate al testo della proposta sotto il profilo della definizione delle pratiche perseguibili. La decisione quadro si limita a porre in capo agli Stati membri l'obbligo di adottare le misure necessarie affinché i comportamenti intenzionali in essa elencati siano «puniti». Il testo approvato nella versione definitiva elimina, pertanto, il riferimento alla connotazione di tali pratiche come «reati penali» che invece era presente nella versione originaria del testo²⁹.

La prima fattispecie di reato si rinviene nella «istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica». La definizione di reato recepita nella versione definitiva della decisione quadro non menziona il riferimento «all'intento razzista» ed ai «danni sostanziali alle persone o gruppi» che era presente nel testo della proposta e non contempla tra le fattispecie di reato il riferimento agli insulti e minacce proferiti in pubblico in un intento razzista o xenofobo che invece era presente nella proposta presentata dalla Commissione europea³⁰. Viene invece inclusa tra le ipotesi di reato l'istigazione pubblica

²⁸ A questo riguardo la Commissione europea aveva posto in luce come una delle difficoltà principali della sanzione di tali condotte fosse rinvenibile proprio nelle difficoltà della rilevazione del movente razzista e xenofobo e nella scarsa consapevolezza della specialità dei crimini subiti da parte delle vittime. In particolare, l'articolo 3 della proposta specificava che ai fini della decisione quadro dovesse intendersi per: a) «razzismo e xenofobia» il convincimento che la razza, il colore, la discendenza, la religione ed i convincimenti, l'origine nazionale o l'origine etnica siano fattori determinanti per nutrire avversione nei confronti dei singoli individui o gruppi; b) «gruppo razzista xenofobo», un'organizzazione strutturata, costituita per un lasso di tempo, composta da più di due persone che agiscano di concerto per perpetuare reati di cui all'articolo 4.

²⁹ A questo riguardo, appare opportuno sottolineare come la proposta di decisione quadro dichiarava penalmente perseguibili tutte le condotte contemplate a prescindere dalla modalità di attuazione. La decisione quadro invece non riprende il riferimento al «modo di procedere» e offre un elenco di pratiche suscettibili di punizione che appare risentire della ricerca di formule di compromesso tra le posizioni dei diversi Stati membri.

³⁰ Eppure la persecuzione penale di tali tipi di condotte avrebbe potuto avere una

alla violenza e all'odio «mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini ed altro materiale».

La seconda categoria di pratiche razziali e xenofobe perseguibili concerne «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (...) così come riconosciute nello Statuto della Corte penale internazionale». La nozione di crimini internazionali si riferisce a un determinato tipo di condotte la cui portata non si esaurisce nella definizione del danno causato alla vittima ma si sostanzia in una grave offesa per l'intera comunità internazionale che diviene in tal modo responsabile della punizione di tali pratiche³¹.

La decisione quadro fa propria la definizione di crimine internazionale e rende esplicito l'obiettivo di rendere perseguibile ogni manifestazione ideologica che possa alimentare sentimenti di odio nei confronti di individui o gruppi definiti in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine etnica. La natura ideologica delle pratiche

importante valenza preventiva a fronte di un fenomeno che si alimenta della diffusione di sentimenti di ostilità ed odio nei confronti di persone connotate per la loro origine razziale ed etnica.

³¹ Lo Statuto della Corte penale internazionale contempla tra i crimini soggetti alla sua giurisdizione i crimini contro l'umanità ed il crimine di genocidio. La definizione di crimine contro l'umanità include «la persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale (...)». La definizione di genocidio riprende invece quanto già elaborato con la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948 contemplando «ogni atto commesso con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale e religioso». Le ipotesi criminose includono non solo la commissione di atti di genocidio ma anche «l'intesa mirante a commettere atti di genocidio, l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio, il tentativo di genocidio e la complicità nel genocidio». Per la definizione della giurisdizione penale sui crimini internazionali vedi: M. Pisani, *Il genocidio nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 663 s.; P. Benvenuti, *The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national courts*, in *Jus*, 1999, 145 s.; P. Mori, *Prime riflessioni sui rapporti tra Corte penale internazionale e Organizzazione delle Nazioni Unite*, in *Comunità internaz.*, 1999, 29; N. Parisi, *I crimini di guerra fra giurisdizioni nazionali e corti penali internazionali*, in *Rivista internaz. dei diritti dell'uomo*, 2001, 62 s.; P. Fois, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, in *Riv.dir.internaz.*, 2004, 929 s.

perseguite rende, tuttavia, molto delicato il rapporto tra la definizione di tale reato e la sua incidenza sull'esercizio delle libertà di espressione e di associazione³².

La ricerca di un adeguato bilanciamento tra valori fondamentali delle tradizioni costituzionali degli Stati membri trova riflesso nelle precisazioni che connotano la previsione della responsabilità penale per i reati di negazionismo e minimizzazione dei crimini internazionali. La decisione quadro specifica che tali condotte sono perseguibili penalmente laddove siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza contro individui e gruppi determinati o determinabili. La sanzione penale potrà essere comminata pertanto soltanto nei casi in cui sia possibile accertare il nesso causale tra la diffusione di idee volte a disconoscere la gravità storica di determinati crimini che costituiscono offesa per l'intera umanità e casi di violenza perpetuata contro specifici individui o gruppi all'interno di uno Stato membro³³.

Il margine discrezionale degli Stati membri nella definizione di pratiche razziste e xenofobe si rinviene più in generale nella possibilità loro riconosciuta di rendere perseguibili soltanto i comportamenti che rilevino sotto il profilo dell'ordine pubblico e che risultino «minacciosi, offensivi ed ingiuriosi». La portata volutamente ambigua del disposto letterale della decisione quadro sembra far dipendere la definizione della sanzione penale delle condotte in oggetto dalla configurazione dell'ordinamento penale di ciascuno Stato membro nonché dalla sensibilità di ciascuna comunità di riferimento. In tal senso, il testo adottato appare svelire l'intento della

³² A questo riguardo vedi M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in A. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 45 s.; V. Cuccia, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parlam.*, 2007, 857 s.; A. Spina, *Libertà di espressione e reati d'opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 689 s.; A. Merli, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008, 25 s.

³³ Un ulteriore limite riguarda la possibilità riconosciuta agli Stati membri di dichiarare la portata penale delle pratiche volte a negare o minimizzare i crimini in oggetto soltanto nei casi in cui l'esistenza di tali crimini sia stata accertata da una decisione passata in giudicato adottata o «un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

proposta presentata dalla Commissione che era invece volta a favorire la più ampia convergenza della definizione dei reati perseguiti al fine di garantire una efficace prevenzione del fenomeno razzista e xenofobo³⁴.

La decisione quadro mira ad armonizzare la definizione delle pene relative alla commissione delle pratiche razziste e xenofobe richiedendo che siano previste sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive» anche per i casi di istigazione e complicità nel porre in essere detti comportamenti. Anche sotto questo profilo, la versione definitiva della decisione quadro lascia tuttavia spazio ad una certa ambiguità che non risponde in pieno agli intenti della originaria proposta della Commissione europea³⁵. La motivazione razzista e xenofoba viene sancita come circostanza aggravante per i reati non contemplati dalla decisione quadro ed i giudici degli Stati membri sono tenuti a considerare tale motivazione all'atto della determinazione della pena³⁶.

La decisione quadro oltre a sanzionare la condotta di individui prevede che venga riconosciuta la responsabilità penale delle persone giuridiche nei

³⁴ La difficoltà di giungere ad una definizione comune dei reati di razzismo e xenofobia soprattutto con riferimento a quelle pratiche che si pongono al confine con il legittimo esercizio della libertà di espressione e di associazione trova ulteriore conferma in quelle parti della proposta di decisione quadro che non sono state recepite nel testo definitivo. Il riferimento va in particolare alla mancata definizione penale di pratiche che si sostanziano nel «dirigere, sostenere o partecipare alle attività di un gruppo razzista o xenofobo, nell'intento di contribuire alle attività criminali dell'organizzazione». Il rispetto della libertà di espressione e di associazione viene peraltro posto quale limite generale per l'attuazione di misure che vadano ad incidere sulla libertà di stampa e sulla definizione di garanzie procedurali volte ad individuare la responsabilità di mezzi di comunicazione.

³⁵ La decisione quadro prevede per tutti i reati di «istigazione pubblica alla violenza ed all'odio» e di «apologia, negazione o minimizzazione grossolana» una pena detentiva di una durata massima compresa tra un minimo di un anno ed un massimo di tre. Le sanzioni applicabili nei casi di istigazione e complicità non sono invece specificate così come non sono contemplate pene sussidiarie od alternative.

³⁶ A questo riguardo, appare interessante sottolineare come la versione definitiva della decisione quadro non preveda un inasprimento di pena nel caso in cui l'autore dei reati in essa contemplati agisca nell'esercizio di un'attività professionale e la vittima si trovi a dipendere da tale attività. La previsione di una tale circostanza aggravante avrebbe aperto interessanti prospettive di sviluppo per la sanzione penale di condotte razziste e xenofobe rivolte contro i lavoratori immigrati.

casi in cui i comportamenti in essa contemplati quali fattispecie di reato siano «posti in essere a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che agisca a titolo individuale o in quanto parte di un organo della persona giuridica» con funzione direttiva. Le persone giuridiche sono perseguibili penalmente anche nei casi di omessa direzione o vigilanza su persona soggetta alla loro autorità. Anche in questo caso, è contemplata la previsione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive che possono comprendere ammende penali o altri tipi di sanzioni³⁷.

La competenza giurisdizionale viene esercitata da ciascun Stato membro sulla base del criterio del collegamento territoriale. Un aspetto di particolare rilievo concerne l'esercizio della giurisdizione penale degli Stati anche al di là del limite territoriale. La disposizione offre la base per interessanti sviluppi normativi soprattutto se vista in collegamento con l'adeguamento degli ordinamenti giuridici degli Stati membri al Protocollo sui reati di razzismo e xenofobia perpetuati tramite gli strumenti telematici³⁸.

I limiti riscontrati nel testo definitivo della decisione quadro 2008/913/GAI riflettono le difficoltà insite in ogni tentativo di

³⁷ La previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche costituisce un aspetto controverso dell'*iter* di formazione della decisione quadro in ragione del mancato riconoscimento di tale fattispecie negli ordinamenti giuridici di taluni Stati membri. Ai fini dell'applicazione della disposizione in oggetto, la decisione quadro rinvia alla definizione di persona giuridica contemplata a livello nazionale, specificando tuttavia che non possono rientrare in tale definizione lo Stato, gli altri organismi pubblici nell'esercizio dell'autorità statale e le organizzazioni internazionali pubbliche. Una tale precisazione restringe lo spettro delle condotte perseguibili in considerazione del rilievo che possono assumere le azioni delle pubbliche autorità nell'istigazione all'odio razziale. Il riconoscimento della responsabilità della persona giuridica non si pone comunque in alternativa e non sostituisce la responsabilità della persona fisica che commette il fatto.

³⁸ A questo riguardo, l'art. 9 della decisione quadro precisa che «nello stabilire la propria competenza giurisdizionale (...) ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che essa si estenda ai casi in cui il comportamento è posto in essere mediante un sistema di informazione e: a) l'autore pone in essere il comportamento allorché è fisicamente presente sul suo territorio, a prescindere dal fatto che il comportamento implichi o no l'uso di materiale ospitato su un sistema di informazione situato sul suo territorio; b) il comportamento implica l'uso di materiale ospitato su un sistema di informazione situato sul suo territorio, a prescindere dal fatto che l'autore ponga in essere o no il comportamento allorché è fisicamente presente sul suo territorio».

armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri soprattutto con riferimento a materie in cui manca una percezione uniforme della gravità delle pratiche oggetto di condanna³⁹. Tali difficoltà sono state peraltro ribadite nelle recenti conclusioni adottate nell'ambito della *FundamentalRights' Conference* del 2013 - fatte proprie dal Consiglio - in cui si ribadisce l'auspicio del pieno recepimento della «decisione quadro» nonché della ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione sul *cyber crime*⁴⁰. La verifica sullo stato di recepimento degli strumenti giuridici in oggetto potrebbe rappresentare un momento di riflessione per dare rinnovato impulso allo sviluppo della normativa penale dell'Unione in considerazione del riassetto delle competenze introdotto dal Trattato di Lisbona nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale⁴¹. La lotta al razzismo ed alla xenofobia, infatti, costituisce una delle declinazioni in ambito penale del principio di non discriminazione la cui realizzazione richiede una coerente politica sovranazionale da svilupparsi mediante il progressivo riavvicinamento delle legislazioni nazionali.

4.- La decisione quadro 2008/913/GAI non è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano sebbene la rilevanza da accordare alle problematiche inerenti alla diffusione di sentimenti di odio nei confronti di soggetti considerati estranei agli interessi del gruppo dominante sia

³⁹ A questo riguardo vedi A. Bernardi, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunitario*, 2007, 1157 s.; L. Magi, *Attribuzione alla «nuova» Unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzione della riserva di legge?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1540 s.

⁴⁰ A questo riguardo vedi *Fundamental Rights Conference 2013 – «Combating hate crime in the EU – Giving victims a face and a voice»* organised by the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) in cooperation with the Lithuanian Presidency, held in Vilnius on 12.13 November 2013; Background Justice and Home Affairs Council del 5 - 6 dicembre, reperibile *on line*.

⁴¹ Si rinvia in particolare all'articolo 83 TFUE ai sensi del quale le istituzioni dell'Unione possono stabilire tramite direttive la definizione di reati e sanzioni in settori già oggetto di misure di armonizzazione in cui il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione.

particolarmente avvertita nella sensibilità giuridica del nostro paese per evidenti ragioni storiche. L'Italia è parte della Convenzione sulla definizione del crimine di genocidio e della Convenzione ONU contro il razzismo e la xenofobia e nel dare attuazione agli obblighi assunti in ambito internazionale ha da tempo integrato tali pratiche tra le fattispecie di reato perseguibili penalmente⁴².

La normativa penale italiana con riferimento alle pratiche razziste e xenofobe delinea in termini senza dubbio più incisivi la definizione penale di tali condotte e le relative sanzioni se comparata con i limiti rinvenuti nel contenuto della decisione quadro. Ciononostante, essa non appare immune da rilievi critici che richiederebbero un aggiornamento delle relative disposizioni alla luce degli sviluppi normativi intervenuti in ambito internazionale con riferimento alla definizione sia delle pratiche perseguite sia delle modalità sanzionatorie.

La legislazione attualmente in vigore nel nostro ordinamento offre una definizione ampia di pratiche penalmente perseguibili. A differenza dell'art. 1 della decisione quadro, che considera punibile «l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio» nella misura in cui tale comportamento risulti intenzionale, la l. 654/1975, così come modificata dalla l. 205/1993, stabilisce che sia penalmente perseguibile non solo «chi incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» ma anche chi «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero incita a

⁴² La normativa penale italiana relativa alle condanna delle pratiche razziste e xenofobe si rinviene nella l. n. 654, del 13 ottobre 1975, g.u. 337, 23 dicembre 1975, con la quale si è proceduto alla ratifica ed alla esecuzione della Convenzione ONU contro il razzismo, così come modificata dalla d.l. n. 122 del 26 aprile 1993 (convertito con modificazioni dalla l. n. 205, del 25 giugno 1993, g.u. 148, 26 giugno 1993) sulle misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa e dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85 recante modifiche al codice penale in materia di reati di opinione. La sanzione penale delle pratiche di apologia dei tragici eventi che hanno caratterizzato la storia recente dell'umanità si rinviene invece nella l. n. 645, del 20 giugno 1952, g.u. 143, 23 giugno 1952, che ha introdotto il reato di apologia del fascismo e nella l. n. 962, del 9 ottobre 1967, g.u. 272, 30 ottobre 1967, sulla prevenzione e repressione del delitto di genocidio che qualifica come reato penale l'istigazione a commettere atti di genocidio e l'apologia del genocidio.

commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»⁴³.

La diffusione di idee a stampo razzista e xenofobo vien considerata in sé quale fatto penalmente rilevante che risulta scollegato dall'accertamento dei sentimenti di odio e da atti di violenza che invece connota la definizione rinvenibile nella decisione quadro⁴⁴. La modifica apportata al disposto normativo dell'art. 1 della l. 205/1993 dalla l. 85/2006, che ha sostituito l'espressione «diffondere» con l'espressione «propaganda in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale» ai fini della definizione dei soggetti perseguibili di sanzione penale, è stata invero valutata con una certa preoccupazione dagli organi di monitoraggio internazionali. Una tale prospettiva farebbe assomigliare il reato di propaganda di idee razziste al reato di istigazione all'odio contemplato dalla decisione quadro restringendo le possibilità sanzionatorie della normativa penale italiana. In quest'ottica, sarebbe pertanto auspicabile un intervento normativo teso a meglio specificare l'ipotesi di reato contemplata al fine di evitare un regresso nella persecuzione di atti a sfondo razzista e xenofobo⁴⁵.

⁴³ La legislazione italiana contempla quale reato penale la diffusione in qualsiasi forma di idee razziste anche qualora esse non sfocino nella istigazione pubblica alla violenza e all'odio così come ogni pratica di discriminazione razziale la cui natura non viene ulteriormente specificata. Essa inoltre vieta ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali e prevede che chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sia punito anche se tale partecipazione non sfocia in un atto concreto di violenza. A differenza della decisione quadro, inoltre, sono considerate penalmente perseguibili le persone che promuovono e dirigono tali associazioni per il solo fatto di svolgere un tale ruolo.

⁴⁴ Una conferma in tal senso si potrebbe rinvenire anche nell'art. 2 della l. 205/1993 che considera penalmente perseguibile chiunque, in riunioni pubbliche, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi razzisti o xenofobi e chi contravvenga al divieto di accesso a competizioni agonistiche con emblemi e simboli nazisti o xenofobi.

⁴⁵ In particolare, la relazione ICRI del 2012 sul razzismo e la xenofobia in Italia ha rilevato come tale modifica terminologica possa avere l'effetto di limitare l'applicazione del divieto di diffondere idee razziste soltanto ai casi in cui tali idee siano diffuse allo scopo di influenzare o condizionare il comportamento o gli atteggiamenti di un vasto pubblico, al fine di ottenerne l'adesione intorno a tali idee. A questo riguardo, l'ECRI «raccomanda alle autorità italiane di esaminare attentamente il modo in cui i tribunali interpretano i commi 3

Considerazioni non dissimili possono farsi con riferimento al reato di «apologia pubblica dei crimini di genocidio», contemplato dell'art. 8 della l. 962/76, che è stato definito dalla Corte di Cassazione quale «reato di pura condotta» la cui punibilità non richiede l'idoneità a realizzare un risultato pratico essendo sufficiente la mera manifestazione di plauso alla commissione degli atti contemplati nella Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio. A questo riguardo, la dottrina ha rilevato come anche su tale ipotesi di reato non esista un univoco orientamento giurisprudenziale data la tendenza a ricondurre la fattispecie in esame nell'alveo dei canoni ermeneutici relativi ai delitti di apologia che sono considerati perseguibili nella misura in cui siano idonei a provocare la reiterazione della condotta esaltata che si sostanzia nel ripetersi di atti di violenza⁴⁶.

L'esigenza di precisare la fattispecie penale del reato di apologia anche in considerazione della definizione data dalla decisione quadro al reato di «apologia, negazione e minimizzazione grossolana» che viene riferito non soltanto ai «crimini di genocidio» ma anche ai «crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra» così come contemplati dalla rilevante normativa internazionale. A questo riguardo, bisogna ricordare che la definizione dei crimini citati sia entrata nel nostro ordinamento per il tramite della l. 232 del 12 luglio 1999 relativa alla ratifica ed esecuzione dello Statuto della Corte penale internazionale⁴⁷.

Una prospettiva di sviluppo in tal senso potrebbe realizzarsi a seguito dei

(1) a e b della l. n. 205/1993, emendata dalla l. n. 85/2006, per valutare l'efficacia delle disposizioni attuali per combattere la diffusione di idee razziste e l'incitamento a commettere e il fatto di commettere atti discriminatori motivati dall'odio». Vedi Rapporto dell'ECRI sull'Italia (quarto ciclo di monitoraggio) adottato il 6 dicembre 2011 e pubblicato il 21 febbraio 2012, reperibile *on line*.

⁴⁶ A questo riguardo vedi O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*,

⁴⁷ Vedi l. n. 232, 12 luglio 1999, Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998, g.u. 167, 19 luglio 1999, suppl. ord. 135. A questo riguardo vedi: P. Benvenuti, *Italy and implementation of the ICC Statute in National legislation: updating and brief remarks*, in *Dir. pubbl.comparato ed europeo*, 1999, 1443 s.; P. M. Gemelli, *Lo sviluppo del diritto penale internazionale in tema di crimini di guerra ed il problema dell'adeguamento della legislazione interna*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2002, 84 s.

lavori parlamentari volti a integrare la normativa esistente con la previsione del reato di negazionismo che dovrebbe comprendere tutti i crimini riconosciuti a livello internazionale⁴⁸. L'esito del dibattito appare, tuttavia, ancora incerto in considerazione delle preoccupazioni che sempre accompagnano la definizione legislativa dei c.d. reati d'opinione⁴⁹.

La normativa penale italiana prevede un ampio sistema sanzionatorio per la prevenzione e la repressione dei reati di diffusione di idee razziste e xenofobe e per i reati di apologia del genocidio. La diffusione (*rectius* propaganda) di idee razziste e xenofobe così come la commissione diretta o indiretta di atti di discriminazione viene punita con la pena della reclusione fino ad un massimo di un anno e sei mesi; mentre per la commissione diretta o indiretta di atti di violenza o di istigazione alla violenza è prevista la reclusione da sei mesi a quattro anni⁵⁰. La normativa italiana appare completa anche sotto il profilo della previsione di sanzioni penali accessorie che non sono contemplate nelle disposizioni della decisione quadro⁵¹.

⁴⁸ A questo riguardo vedi: Resoconto sommario n. 19 del 9 ottobre 2010 della 3^a Commissione permanente «Affari esteri immigrazione» reperibile *on line*; resoconto sommario n. 52 del 15 ottobre 2013 della 2^a Commissione permanente «Giustizia», reperibile *on line*.

⁴⁹ Sul tema vedi E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1034 s.; S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006; C. D. Leotta, voce *Razzismo*, in *Digesto penale. Appendice aggiornata*, 2008, 850 s.; C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in IUS17@unibo.it, 2009, 191 s.

⁵⁰ A questo riguardo, bisogna considerare come la l. 85/2006 abbia ridotto la durata massima della pena prevista per i reati di diffusione di idee razziste e xenofobe, che ai sensi della l. 205/1993 era di tre anni, introducendo inoltre la possibilità di comminare una pena pecuniaria fino a 6000 euro. Nonostante le modifiche apportate, la normativa penale italiana continua a prevedere pene più severe rispetto a quanto prospettato dalla decisione quadro che contempla la reclusione per una durata massima compresa tra uno e tre anni. La considerazione che precede vale ulteriormente per la l. 962/1967 che prevede per i reati di pubblica istigazione ed apologia dei crimini di genocidio la reclusione da tre a dodici anni. A questo riguardo vedi A. Massaro, *Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione (e non solo): contenuti e limiti della l. n. 85 del 2006*, in *Cass.pen.*, 2006, 3857; M. Pascarelli, *La riforma dei reati d'opinione: un nuovo commento alla nuova disciplina*, in *Indice pen.*, 2006, 697 s.; M. Pelisseo, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati d'opinione: occasioni mancate e incoerenze sistemiche*, in *Dir. pen. Proc.*, 2006, 859 s.

⁵¹ L'art. 1 *bis* del decreto legislativo 122/1993, convertito dalla l. 205/1993, precisa un elenco di pene accessorie che possono essere comminate contestualmente alla sentenza di

Una certa coincidenza tra la legislazione penale del nostro ordinamento e il contenuto della decisione quadro si rinviene nella definizione della motivazione razzista e xenofoba quale circostanza aggravante per la comminazione della sanzione penale con riferimento ai reati che non rientrano nella definizione di «istigazione pubblica alla violenza e all'odio» e di «apologia, negazione e minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra»⁵².

Un elemento di criticità riguarda la definizione di una competenza giurisdizionale che trascenda l'elemento della territorialità e che riprenda quanto previsto dalla decisione quadro 2008/913/GAI con riferimento all'utilizzo di strumenti informatici. La normativa penale italiana, infatti, vieta la diffusione di idee razziste e xenofobe in qualsiasi forma venga a realizzarsi ma risulta per certi versi obsoleta a fronte della peculiarità della

condanna: a) obbligo di prestare una attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali e di pubblica utilità; l'obbligo di rientrare nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo superiore ad un anno; c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche ed amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni.

⁵² La legislazione italiana prevede un aggravio di pena fino alla metà per reati che non sono sanzionati con l'ergastolo qualora siano commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni ispirate alle medesime finalità. A questo riguardo, inoltre, appare interessante rilevare come l'aggravante della motivazione razzista e xenofoba non possa essere ridimensionato dalla rilevazione di eventuali circostanze attenuanti contemplate dal codice penale. L'art. 3 del decreto legislativo 122/1993, convertito dalla l. 205/1993, prevede che «le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 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». L'applicazione giurisprudenziale della disposizione in oggetto nel nostro ordinamento rileva peraltro una certa propensione a scollegare la motivazione razzista e xenofoba dall'intento del soggetto agente riconoscendo l'aggravio di pena anche nei casi in cui si rilevi un pregiudizio manifesto di inferiorità nei confronti di un'unica razza (vedi conclusioni del governo italiano nell'ambito della relazione dell'ECRI del 2012 in cui si richiama la sentenza della Corte di Cassazione n. 3857 del 9 luglio 2009).

diffusione di idee razziste e xenofobe nello spazio immateriale di Internet. Un siffatto adeguamento potrebbe realizzarsi indirettamente mediante la legge di ratifica ed esecuzione del protocollo alla convenzione sul crimine informatico che contempla l'adozione di misure volte a contrastare tale tipo di fenomeno⁵³.

Le osservazioni che precedono inducono a prospettare come il mancato recepimento della decisione quadro 2008/913/GAI nel nostro ordinamento possa considerarsi una «occasione persa» ai fini dell'adeguamento della legislazione vigente rispetto a condotte di istigazione all'odio che assumono contorni sempre nuovi soprattutto se analizzate in relazione alla dimensione attuale del fenomeno migratorio. La decisione quadro in oggetto, infatti, presenta sicuramente dei limiti di contenuto che riflettono la difficoltà di definizione dei c.d. reati di opinione posti al confine tra il rispetto della dignità di tutti gli esseri umani ed il diritto alla libertà di espressione garantito dalle costituzioni degli Stati membri e dalle convenzioni internazionali rilevanti. Ciononostante, essa presenta il pregio di indicare le prospettive di sviluppo delle normative penali degli Stati membri alla luce dell'evoluzione del diritto internazionale in materia e sotto questo profilo sarebbe lecito attendersi una maggiore apertura degli ordinamenti statali a fronte di un fenomeno che assume sempre più un carattere transazionale.

ABSTRACT

The Council Framework Decision 2008/913/JHA on the prosecution of racism and xenophobia: a «missed opportunity» for Italy?

The stigmatization of spreading racist and xenophobic ideas is a recognized issue at international level. The Council Framework decision

⁵³ L'Italia ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica ma non il Protocollo addizionale sulla incriminazione degli atti di razzismo e xenofobia. Per l'adeguamento del nostro ordinamento alla convenzione in oggetto vedi: l. n. 48, 18 marzo 2008, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, g.u. n. 80, 4 aprile 2008, suppl. ord. 79.

2008/913/JHA aims at harmonizing the criminal laws of the Member States in this sector. The limits of the Framework decision reflect the difficulty of reconciling the criminalization of such conduct with freedom of expression. Nevertheless, it provides a series of guidelines for adapting the Member States' criminal legislations in accordance with international law. For this reason, incorporating the framework decision into the Italian legal order would contribute to the creation of a common thinking on this transnational issue.