

Università degli Studi di Napoli Federico II
Scuola delle Scienze Umane e Sociali
Quaderni
1

STUDI E RICERCHE DI SCIENZE UMANE E SOCIALI

a cura di ROBERTO DELLE DONNE
Prefazione di LUCIO DE GIOVANNI



Federico II Open Access University Press



fedOAPress



Università degli Studi di Napoli Federico II
Scuola delle Scienze Umane e Sociali
Quaderni

Studi e ricerche
di scienze umane e sociali

a cura di Roberto Delle Donne

Prefazione di Lucio De Giovanni

Federico II Open Access University Press



fedOAPress

Studi e ricerche di scienze umane e sociali / a cura di Roberto Delle Donne. –
Napoli : FedOAPress, 2014. – (Scuola di Scienze Umane e Sociali. Quaderni ;
1).

Accesso alla versione elettronica:
<http://www.fedoabooks.unina.it>

ISBN: 978-88-6887-002-7

DOI: 10.6093/978-88-6887-002-7

Si ringraziano i dottori Mariarosalba Angrisani, Vincenzo De Luise, Nicola Madonna e Lucia Mauro per il loro prezioso contributo nella raccolta e nell'editing redazionale degli articoli.

© 2014 FedOAPress - Federico II Open Access University Press

Università degli Studi di Napoli Federico II
Centro di Ateneo per le Biblioteche "Roberto Pettorino"
Piazza Bellini 59-60
80138 Napoli, Italy
<http://www.fedoapress.unina.it/>

Published in Italy

Gli E-Book di FedOAPress sono pubblicati con licenza
Creative Commons Attribution 4.0 International

Indice

Lucio De Giovanni, <i>Presentazione</i>	7
Roberto Delle Donne, <i>Una nuova editoria per la comunicazione scientifica</i>	9

Diritto

Fulvia Abbondante, <i>Libertà di espressione e hate speech nell'era di internet</i>	29
Maria Rosaria Ammirati, <i>La responsabilità degli amministratori e dei liquidatori nella s.r.l. ai sensi del combinato disposto degli artt. 2476 c.c. e 146 legge fallimentare (r.d.16.3.1942 n°267 e succ. mod.)</i>	61
Maria Rosaria Ammirati, <i>L'attestato di prestazione energetica: obbligo di attestazione e obbligo di allegazione</i>	69
Maria Rosaria Ammirati, <i>Testamento e donazione nell'amministrazione di sostegno</i>	79
Bruno Assumma, <i>Profili d'incostituzionalità e discrasie sistematiche del giudizio immediato cautelare anche nell'accertamento della responsabilità amministrative degli enti collettivi</i>	89
Francesco Brizzi, <i>Gli effetti patrimoniali del fallimento per il fallito e le novità introdotte dalla riforma fallimentare</i>	107
Paola Grippo, <i>Il pignoramento presso terzi continua a cambiare</i>	131
Dario Grosso, <i>Equo processo e prova dichiarativa: tra rispetto del contraddittorio e compensazione di garanzie</i>	141
Dario Grosso, <i>Ne bis in idem e concorso formale eterogeneo</i>	151
Dario Grosso, <i>Principio di immediatezza nella formazione della prova e verifica di attendibilità della prova dichiarativa</i>	161
Antonio Nappi, <i>Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario: spunti comparatistici e riflessioni in merito ad un'auspicabile riforma della legislazione penale italiana</i>	169
Antonella Raganati, <i>L'opposizione al decreto ingiuntivo proposta al giudice territorialmente incompetente è inammissibile?</i>	187
Adolfo Russo, <i>Le obbligazioni soggettivamente complesse</i>	197
Adolfo Russo, <i>Le obbligazioni solidali</i>	215
Adolfo Russo, <i>Obbligazioni divisibili, obbligazioni parziarie e obbligazioni indivisibili</i>	231

Stefano Selvaggi, <i>Atipicità del contratto di mantenimento nella giurisprudenza della Cassazione</i>	241
Stefano Selvaggi, <i>Qualificazione e disciplina delle clausole di risoluzione del contratto per inadempimento dell'obbligazione modale o di mantenimento</i>	259

Economia e società

Elvira Sapienza, <i>Instabilità finanziaria e integrazione monetaria</i>	285
Luigi Benfratello, Tiziano Razzolini, <i>Firms' Heterogeneity and Internationalisation Choices: only productivity matters? Evidence from a sample of Italian Manufacturing Firms</i>	313
Paolo Calvosa, <i>Il processo di convergenza digitale nel settore dei terminali di telefonia mobile e lo sviluppo del segmento degli smartphon</i>	345
Elena Cardona, <i>Modelli attuariali per la determinazione del premio di coperture assicurative sulla salute</i>	373
Roberto Maglio, Maria Rosaria Petraglia, Francesco Agliata, <i>The impact of IAS/IFRS adoption on Italian IPOs</i>	399
Claudia Meo, <i>Heterogeneity in Information and Information Sharing: a New Notion of Core</i>	425
Annarita Criscitiello, <i>Grillo's Personal Party. A Case Study of Organizational Leadership</i>	437
Roberto Fasanelli, Ida Galli, <i>Il "sentimento di giustizia" dei giovani napoletani. Uno studio empirico nell'ottica teorica delle rappresentazioni sociali</i>	453

Storia e cultura

Pier Francesco Savona, <i>Per un umanesimo giuridico: le 'ragioni' del diritto nel 'mondo umano' della storia</i>	485
Cobaltina Morrone, <i>Gerardo Vossio e la Vita di Efreim Siro di Simeone Metafraste</i>	511
Cobaltina Morrone, <i>Ludovico Dolce traduttore di Zonara</i>	523
Cobaltina Morrone, <i>Un capitolo della fortuna di Trifiodoro: l'edizione fiorentina di Angelo Maria Bandini</i>	547
Teodoro Tagliaferri, <i>La cultura metropolitana e il discorso di legittimazione del sistema imperiale britannico (1858-1947)</i>	545

Libertà di espressione e *hate speech* nell'era di internet

Fulvia Abbondante*

Abstract: The article analyzes, first of all, the differences of discipline about offline and online hate speech in modern democracies, and the difficulty to apply the same regulation on so different situations. Starting from the fact that internet has a lack of boundaries it is difficult to find a same regulation applicable in western countries . The danger is a reintroduction of censorship carried out without the guarantees enforced by the Constitutions and the passage by public control to a limitation on freedom of information and expression down by private companies.

Keywords: Freedom of expression; Hate speech; Censorship; Internet service provider

1. *Libertà di manifestazione del pensiero e suoi limiti nei due archetipi contrapposti: Stati Uniti e Germania*

La configurabilità dello *hate speech* come limite alla libertà di manifestazione del pensiero – quest'ultima tutelata, sia nelle moderne costituzioni occidentali sia a livello internazionale, come la quintessenza di un ordinamento democratico e plurale, in grado di favorire un'integrazione fra saperi differenti e di evitare l'appiattimento e la predominanza della cultura egemone – è una questione tornata di recente alla ribalta della cronaca e nei dibattiti degli addetti ai lavori. Il proliferare di conflitti etnico-razziali e le profonde trasformazioni in atto dei paesi dell'Africa settentrionale – considerate tra le cause prevalenti dei flussi migratori verso l'ovest del mondo –, gli avvenimenti dell'undici settembre e le forti tensioni sociali causate dalle cicliche crisi economiche d'inizio millennio, hanno prodotto, negli ultimi anni, una recrudescenza di sentimenti d'intolleranza per tutte le categorie di soggetti ritenuti «diversi» e, quindi, la moltiplicazione sempre più massiccia di messaggi a contenuto offensivo. I profondi cambiamenti avvenuti nella comunicazione globale a causa d'internet hanno reso possibile una diffusione, peraltro istantanea e capillare, dei discorsi incitanti all'odio mai conosciuta

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Corso Umberto I, 80138 Napoli, Italia. E-mail: fulvia.abbondante@unina.it.

in tempi passati¹. Ed è proprio l'avvento della rete e la sua specificità di mezzo a far sorgere nuovi problemi che s'intrecciano alle tematiche classiche sulla determinazione dei confini alla libertà di manifestazione del pensiero. La dimensione transazionale del *web* rende sempre più fluide e sfumate le tradizionali categorie di sovranità nazionale e territorio cui siamo abituati a ragionare. La peculiare struttura della rete impone la presenza di nuovi soggetti che concorrono, con le autorità statali, alla repressione dello *hate speech*.

Tuttavia è necessario preliminarmente ripercorrere in che misura nei vari ordinamenti democratici il discorso incitante all'odio sia considerato limite alla libertà di espressione per comprendere, poi, quali le criticità che il progresso informatico ha posto. Non esiste, a livello normativo, una definizione univoca e onnicomprensiva di *hate speech*, trattandosi di un termine nel quale sono ricomprese tutte quelle forme espressive estreme rivolte a soggetti o gruppi di soggetti in ragione della razza, dell'orientamento sessuale, dell'appartenenza religiosa, sino ad abbracciare poi, l'ipotesi del negazionismo della *Shoah* e altre forme di genocidio. Il secondo problema è connesso all'individuazione del se e quando le espressioni odiose possano rappresentare un legittimo limite alla manifestazione del pensiero e qui entra in gioco il peculiare sviluppo storico che ciascun paese ha conosciuto, la diversa ampiezza accordata alla libertà di parola nei singoli ordinamenti e al suo eventuale bilanciamento rispetto ad altri valori costituzionali, pure tutelati all'interno delle Carte Fondamentali. Per comprendere come la differente punibilità del discorso che istiga all'odio dipenda dalle variabili prevalenza – bilanciamento occorre far riferimento ai due modelli che potremmo definire archetipi contrapposti rispetto alla tutela del *freedom of speech*: Stati Uniti e Germania.

L'ordinamento statunitense è, tra le moderne democrazie occidentali, quello nel quale la libertà di manifestazione del pensiero, sancita nel I Emendamento, è garantita nel modo più ampio possibile. La giurisprudenza della Corte Suprema, sin dagli inizi del secolo scorso, ha tracciato precise linee guida sui limiti al *free speech*. La copertura del *First Amendment*, infatti, non si estende esclusivamente a quelle espressioni di così scarso valore la cui presenza non arricchirebbe la discussione generale e non compenserebbe

¹ Si cfr. l'ampia analisi, sulla relazione tra diversi fattori descritti, condotta nell'*Annual*, pp. 9-13.

in alcun modo i danni che potrebbero derivare ad altri interessi rilevanti². Sono, quindi, considerati *unprotect speech*, l'*obscenity*³, le *fighting words*⁴ e le *true threats*⁵ cioè quelle manifestazioni del pensiero caratterizzate da forte violenza e minaccia, nonché tutte quelle forme espressive che possano tradursi sul piano fattuale in un *clear e present danger*⁶. Anche il discorso di propaganda razzista, sia quello puramente verbale sia quello che faccia uso di simboli che rievocano l'ideologia nazionalsocialista o il cd. *cross burning* sono i considerati *protect*, quando l'utilizzo di tali emblemi, sebbene finalizzati all'istigazione alla violenza e all'odio, non produca un pericolo d'immediata esecuzione⁷. L'intervento pubblico, poi, non può comprimere il *freedom of speech* in ragione del contenuto del discorso né può introdurre trattamenti discriminatori prendendo in considerazione del punto di vista

² Nella sentenza *Beauharnais v. Illinois*, mai espressamente *overruled* ma di fatto considerata superata, la Corte considerò costituzionale la legge dell'Illinois contro la diffamazione collettiva ritenendo interesse rilevante la salvaguardia e la pace dello Stato.

³ Cfr. *Roth v. United States*. L'oscenità, concetto alquanto controverso e di difficile specificazione, ancor oggi è considerato l'unico effettivo limite alla libertà di manifestazione del pensiero, tanto da essere considerato un vero e proprio non *speech*. In realtà le ragioni del particolare trattamento riservato all'*obscenity* può essere spiegato come il portato della tradizione puritana, molto presente nella popolazione nordamericana, ma anche dal fatto che trattandosi di una materia riservata agli stati, questi potranno stabilire singolarmente cosa considerare permesso e cosa vietato, in ragione delle differenti sensibilità delle comunità locali rispetto a tale problema. Sul punto si v. *Miller v. California* e *Hamling v. United States*. Diverso è il caso della pornografia che, invece, è considerata a tutti gli effetti un *protect speech*. Critica rispetto a tale approccio è la teoria affermata soprattutto negli anni 80, per opera del movimento femminista, che ipotizza una limitazione di tale forma espressiva, non perché rientrante nella categoria dell'oscenità, ma come elemento di perpetuazione di discriminazione e subordinazione della donna. Sul punto si vedano i saggi di C. A. Mackinnon, *Not a moral issue*, pp. 321-345; A. Dworkin, *Pornography*, pp. 55-67.

⁴ Ancora *Chaplinsky v. New Hampshire*.

⁵ Si v. *United States v. Watts*, la Corte suggerisce l'analisi di quattro fattori per determinare se l'espressione possa configurarsi come *true threats*: 1) se si tratti o meno di un'iperbole politica; 2) il contesto complessivo nel quale il discorso è pronunciato; 3) la reazione degli ascoltatori; 4) se la dichiarazione è condizionata al realizzarsi di evento che sarebbe potuto probabilmente accadere. Sulla genericità delle linee guida fornite dai giudici costituzionali per l'individuazione di tale tipologia di discorso e sulle conseguenti difficoltà dei giudici statali ad applicare il test di verifica si è espressa J. E. ROTHMAN, *Freedom*, pp. 283-367.

⁶ Il precedente più risalente è *Shenck v. United States*. Nell'*opinion* di maggioranza il giudice Holmes argomentò: «The question in every case is whether the words used are in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent». In tale pronuncia non era ancora chiaro, però, se dovesse trattarsi di un pericolo presunto o concreto.

⁷ Nella sentenza *Brandenburg v. Ohio* si chiariscono i confini entro i quali la fonte normativa limitativa del *free speech* può essere considerata legittima e cioè solo nell'ipotesi in cui la minaccia è effettivamente attuabile. Come acutamente osservato dalla dottrina nordamericana l'applicabilità del test del *clear and present danger*, così come precisato nella pronuncia, rende virtualmente impossibile la sanzionabilità dell'*hate speech*. Sul punto cfr. G. E. Carmi, *Dignity*, p. 70. Nel caso. *Smith v. Collin*, che è considerato il punto più alto raggiunto nella difesa dell'*hate speech*. La Corte Suprema rifiutò di pronunciarsi sulla compatibilità di alcune ordinanze emesse dalla città di Skokie contro una marcia organizzata dal Partito Nazional Socialista, ammettendo la possibilità di svolgere l'iniziativa.

espresso. La disciplina repressiva deve essere, rigorosamente improntata al *content neutrality* per superarte il vaglio di costituzionalità⁸. L'eventuale contenimento della libertà di opinione basata sul *viewpoint* è ammissibile solo in quelle ipotesi in cui sia dimostrato un *compelling interest* ed è, dunque, sottoposto a uno *strict scrutiny*⁹.

⁸ *R. A. V. v. City of St. Paul*, nella quale la Corte affronta il problema della configurabilità del *cross burning* come *fighting words* ma ne esclude la punibilità in ragione della formulazione non neutrale, quindi *viewpoint oriented*, dell'ordinanza emessa dalla corte del Minnesota. Il giudice Scalia, redattore dell'*opinion* di maggioranza sosteneva che: «We conclude that, even as narrowly construed by the Minnesota Supreme Court, the ordinance is facially unconstitutional. Although the phrase in the ordinance, "arouses anger, alarm or resentment in others", has been limited by the Minnesota Supreme Court's construction to reach only those symbols or displays that amount to "fighting words", the remaining, unmodified terms make clear that the ordinance applies only to "fighting words" that insult, or provoke violence, "on the basis of race, color, creed, religion or gender". Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use "fighting words" in connection with other ideas - to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality - are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects. See *Simon & Schuster*, 502 U. S., at 116; *Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland*, 481 U. S. 221, 229-230 (1987)». Si veda, anche *Virginia v. Black*, nella quale vi è, però, un'interpretazione più morbida del *content neutrality* test. Infatti i giudici costituzionali hanno riconosciuto che il *cross burning* rappresenta, per la particolarità della storia americana, un chiaro segno di intimidazione sussumibile nella categoria dei *true threats*. Legittima, quindi, una legislazione che faccia divieto dell'utilizzo della croce infiammata. La legge della Virginia è stata, però e, considerata parzialmente incostituzionale sotto altro profilo. La forma espressiva simbolica è considerata dallo *Statute* gesto minaccioso in sé e per sé, indipendentemente quindi dal reale intento dell'autore, omologando, così, ai fini della punibilità, comportamenti potenzialmente lesivi a quelli in cui l'utilizzazione del simbolo avrebbe potuto avere finalità legittime. Una presunzione *ex ante* d'illiceità in palese contrasto con l'ampia tutela garantita dal I Emendamento. Si v. sul punto E. STRADELLA, *La libertà*, p. 388.

⁹ La recente tendenza all'ampliamento della garanzia del I Emendamento anche rispetto alla salvaguardia dei minori, che sino a oggi erano stati considerati come una categoria debole e meritevole di una tutela rafforzata risulta chiaramente nella recentissima sentenza *Brown v. Entertainment Merchants Association*. Sinteticamente il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava la conformità a Costituzione di una legge Californiana che vietava la vendita e il noleggio di videogiochi violenti ai minori di 18 anni. L'illegittimità della disciplina era stata già affermata in primo grado dalla Corte distrettuale federale e in appello dalla Corte del nono circuito. Oggetto della restrizione era la fornitura di quei videogiochi nei quali il giocatore poteva virtualmente uccidere, mutilare, smembrare o violentare determinati personaggi. Il divieto era finalizzato alla protezione di quei valori messi in pericolo dal messaggio trasmesso da tali giochi. Un'eccezione era rappresentata dai quei giochi ai quali, nonostante le immagini aggressive, si poteva riconoscere un qualche valore letterario, artistico, politico o scientifico. La violazione di tale disposizione era punita con una sanzione civile. La legislazione californiana è stata ritenuta incostituzionale perché non avente contenuto neutrale. La restrizione alla libertà di manifestazione del pensiero, inoltre, non troverebbe giustificazione neppure nel *compelling interest* dello Stato a proteggere i ragazzi delle idee negative quelle quelle trasmesse attraverso l'uso di videogiochi dacché immagini e storie di brutalità sono sempre state presenti anche nella letteratura per l'infanzia e in opere letterarie di fama mondiale. Come è stato correttamente osservato nella *dissenting* del giudice Breyer, l'*opinion* della *Court* però non sembra prendere in considerazione che, i videogiochi per la loro caratteristica interattiva comportano una partecipazione diretta e, quindi, emotiva, del giocatore al quale è riconosciuta la possibilità di vivere il gioco, di immedesimarsi e nei personaggi e di determinare in parte il risultato finale. Circostanze queste evidentemente non paragonabili alle altre forme di intrattenimento pure richiamate nella sentenza. Per un commento critico sulla decisione si v. I. Spigno *L'assolutismo*, p. 1.

Le ragioni storiche e culturali che hanno portato a valorizzare - all'interno del pubblico dibattito - la circolazione delle idee discende dalla convinzione che *marketplace of ideas* - orientato all'apertura alla diversità, alle molteplici visioni etiche e religiose della vita, al disordine come ricchezza - assicura il raggiungimento della verità¹⁰, la piena realizzazione della cd. *self government*¹¹. e conseguentemente il più alto grado di pluralismo e tolleranza di un ordinamento¹².

Di segno contrario è stato invece l'approccio seguito dall'ordinamento tedesco¹³. La Germania storicamente segnata dalla circostanza di aver partorito un'ideologia feroce e distruttiva quale quella nazista ha reagito produ-

¹⁰ La metafora è stata espressa per la prima volta dal giudice Holmes nella *dissenting opinion* alla decisione *Abraham v. United States*, che sintetizza la necessità di un libero mercato delle idee nel concetto «the best test of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market», accogliendo l'impostazione filosofica di J.S. Mill.

¹¹ L'ampia tutela alla libertà di espressione riconosciuta negli Stati Uniti non è, infatti, riconducibile al diritto individuale a manifestare il proprio pensiero ma è concepita strumento funzionale a realizzare un ordinamento altamente democratico, in cui i cittadini sono in grado di essere informati e determinare in maniera consapevole le proprie scelte.

¹² Nel dibattito statunitense, tuttavia, non mancano voci dissenzienti sulla necessità di considerare sotto diversa prospettiva la lesività, soprattutto, del *racist speech*. Si tratta della *Critical Racial Theory* che pone l'accento sugli effetti negativi della diffusione di messaggi a contenuto discriminatorio verso le minoranze storicamente considerate inferiori causa della politica di *apartheid* lungamente legittimata e giustificata negli Stati Uniti. In primo luogo l'*hate speech* perpetuerebbe forme di intimidazione e umiliazione già sofferte, in un passato nemmeno troppo remoto, favorendo così nella coscienza sociale il mantenimento delle diseguaglianze economiche e politiche che rappresenta il fine ultimo del comportamento segregazionista. In secondo luogo il discorso razzista produrrebbe danni di natura psicologica e legittimerebbe la creazione di un ambiente ostile nel quale la possibilità del compimento di atti di violenza sarebbero, senza dubbio, facilitati. In terzo luogo l'espressione estrema di stampo razziale impedirebbe agli appartenenti al gruppo di essere ascoltati, qualora volessero partecipare al dibattito pubblico. L'introduzione di una normativa sanzionatoria penale o forme di responsabilità civile sarebbero indispensabile quindi a compensare i danni diretti e/o indiretti prodotti dal *racist speech*. Sul punto cfr. R. Delgado, *Words*, in a cura di M. M. J. Matsuda - C. R. Lawrence - R. Delgado - K. Williams Crenshaw, *Words*, pp. 89-91. Contra tale impostazione nella dottrina nordamericana L. Bollinger, *La società*, pp. 180-280; R. Post, *The Racist*, p. 291. In quell'italiana cfr. E. Stardella, *Odio*, pp. 125-126 la quale sottolinea come la natura intrinsecamente politica dell'*hate speech* a sfondo razziale lo accomuna ad altre forme di discorso odioso quali quello sessista e omofobo. Secondo l'A. ciò spingerebbe il decisore politico a compiere, di volta in volta, scelte ideologicamente orientate e quindi necessariamente parziali connesse alla previsione di limiti antidiscriminatori alla libertà di espressione; G. Pino, *Discorso razzista*, pp. 287-305. Altra parte della dottrina, invece, evidenzia come l'espressione razzista produca un allontanamento dal confronto pubblico delle minoranze discriminate, determinando così l'effetto contrario a quello che vorrebbe garantire il *marketplace of ideas*. Emergerebbe quindi un'inevitabile tensione tra il I emendamento e il XIV, con una tendenziale prevalenza di quest'ultimo. Il discorso esortante all'odio inciderebbe infatti sull'uguaglianza, nella sua declinazione più significativa quale la partecipazione al dibattito politico, quindi, la sua punibilità potrebbe rappresentare un limite giustificato al *free speech*. Sul punto cfr. A. Tsesis, *Dignity*, pp. 17-23 e M. E. Gale, *Reimagining*, pp. 119-184.

¹³ Sintetizza in maniera efficace la diversità tra i due modelli ordinamentali W. Brugger, *The Treatment*, p. 33 n. 94: «The contrast is striking. In Germany, hate speech is prohibited as early as possible, in United States as late as possible».

cendo, all'indomani della fine della Seconda Guerra Mondiale, un sistema di norme puntuali e sistematiche a difesa dello Stato democratico.

In tale prospettiva la scelta di individuare quali valori fondativi dell'ordinamento dignità umana (art. 1 Grundgesetz) principio supremo che orienta e definisce gli altri diritti costituzionalmente protetti è perfettamente coerente con la necessità di salvaguardare la democrazia tedesca dai suoi nemici interni.

La libertà di manifestazione sancita nell'art. 5 1° comma può, quindi, subire significative limitazioni nelle disposizioni di leggi generali, nelle norme legislative a protezione della gioventù e dell'onore della persona. Così pure l'espressione artistica o d'insegnamento è libera, ma una loro compressione è ammissibile quando entrino in gioco valori ugualmente protetti dalla Carta Costituzionale ovvero quando la libertà di espressione possa ledere diritti di altri soggetti. L'art. 18 della Legge Fondamentale, sanziona l'abuso della libertà di manifestazione del pensiero finalizzato al sovvertimento dell'ordinamento liberal democratico - con la perdita di tutti i diritti fondamentali. Più specificamente riguardo all'*hate speech* il nucleo centrale della disciplina va rinvenuta nei paragrafi 185, 186 e 187 del codice penale, che condanna rispettivamente l'ingiuria, la diffamazione e la menzogna diffamatoria. Un'ipotesi particolare sanzionata dall'art. 185 è quella del *collective insult*¹⁴. Il par. 130 1° comma reprime sia i veri e propri atti d'istigazione alla violenza sia la diffamazione, la calunnia o l'insulto, mentre il secondo comma punisce la diffusione con qualunque mezzo di scritti finalizzati a incitare all'odio contro parti della popolazione mettendo in pericolo la pace sociale. L'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale tedesca rispetto al problema del discorso incitante all'odio nel dibattito pubblico è stato prudente, ritenendo che l'eventuale proibizione delle manifestazioni estreme, sia individuale sia collettive, vada valutato guardando alle circostanze del caso concreto ammettendo, comunque, che una certa aggressività ed esagerazione sia connaturata alla discussione generale¹⁵. Ciò che non è tollerabile è la deni-

¹⁴ La Corte Costituzionale ha stabilito che l'insulto collettivo può essere considerato un attacco alla dignità umana qualora rispetti i seguenti criteri: 1) l'insulto deve riguardare un gruppo indipendentemente dalla sua dimensione; 2) le caratteristiche del gruppo devono differire da quelle della generalità; 3) l'affermazione diffamatoria deve essere rivolta al gruppo nel suo intero e non al singolo membro; 4) la critica è basata su un criterio unilaterale ovvero su criteri che sono attribuiti al gruppo da larga parte della società e nei quali il gruppo non s'identifica. L'enucleazione di tali criteri è contenuta nella sentenza *Tucholsky*, BverfG E 93, 266 I, 304.

¹⁵ Così L. Scaffardi, *Oltre*, p. 64.

grazione e la critica sprezzante che si traduca in una lesione della dignità umana, violazione che può realizzarsi anche quando è superato un livello di civile dibattito¹⁶. La sanzionabilità del discorso incitante all'odio anche laddove sia finalizzato alla tutela dell'ordine pubblico non è legata alla possibilità che esso si traduca in un'azione concreta; il pericolo, anche presunto, infatti può essere considerato sufficiente a determinare la reazione dell'ordinamento¹⁷.

La linea di demarcazione fra il modello statunitense e quello tedesco subisce una ancor più evidente cesura quando si affronta la tematica della propaganda razziale finalizzata al diniego della Shoah. Con il termine negazionismo suole intendersi quale fenomeno culturale diffusosi, soprattutto sul finire degli anni ottanta volto al disconoscimento di fatti ritenuti storicamente accertati e ritenuti profondamente ingiusti dalla collettività. Molto spesso, però, negazionismo finisce per confondersi con il revisionismo, che invece, rappresenterebbe l'approfondimento d'indagine storica depurata da ogni forma d'ideologia; una lettura dei fatti alla luce dell'evolversi della ricerca che mette in discussione i punti di arrivo già raggiunti prospettando nuove e diverse ricostruzioni dei fatti del passato¹⁸. La tendenza a sovrapporre i due termini diviene più probabile quando l'analisi storiografica è rivolta al periodo nazista, poiché la rivisitazione degli avvenimenti di quella fase storica è talvolta ancorata a una minimizzazione se non in alcuni casi di vero e proprio disconoscimento delle atrocità compiute dal regime nazista nei confronti degli ebrei, principali vittime della follia hitleriana¹⁹. L'esigenza di creare una disciplina *ad hoc* che colpisse tali manifestazioni di pensiero sicuramente atipiche e comunque da considerarsi estreme si rese necessaria per il diffondersi in maniera prepotente nel dibattito fra storici e politici della cd. bugia di Auschwitz²⁰.

¹⁶ M. Rosenfeld, *Hate*, p. 1554.

¹⁷ Ancora W. Brugger, *ivi*, p. 39.

¹⁸ La distinzione fra negazionismo e revisionismo è contenuta in A. Burgio, *L'invenzione*, pp. 1-210 e P. Vidal Naquet, *Gli assassini*, pp. 1-288. Da ultimo si v. anche D. Bifulco, *Negare*; S. Parisi, *Il negazionismo*, pp. 882-884.

¹⁹ Va ricordato che accanto al negazionismo tecnico, appena descritto, esiste un'altra forma di negazionismo definito geopolitico. Sul piano concreto la differenza fra le due ipotesi è abbastanza fluida poiché la negazione dell'Olocausto è spesso utilizzato come presupposto per sostenere l'antisemitismo largamente inteso. Così L. Scaffardi, *Oltre*, *ivi*, p. 86.

²⁰ Si sostiene, in estrema sintesi, che la soluzione finale era diretta solo all'emigrazione e non allo sterminio degli ebrei; non ci furono gassazioni; non esistono numeri certi di ebrei giustiziati e comunque in base alla documentazione ufficiale si oscillerebbe fra i duecentomila - peraltro secondo tale ricostruzione tutti criminali sovversivi - il milione delle vittime del regime, cifra raggiunta in quanto sarebbero conteggiati anche quelli deceduti per i bom-

Tuttavia ben prima dell'introduzione nel 1994 del reato riguardante la minimizzazione o la negazione dell'Olocausto, il Tribunale Costituzionale Tedesco²¹ legittimò la repressione fattispecie criminosa, partendo dalla premessa di una sostanziale diversità fra asserzione di un fatto e libertà di opinione; quest'ultima, infatti, può trovare dei limiti laddove esso sia in contrasto con altri valori costituzionalmente protetti. Se poi l'opinione dipende dall'asserzione di un fatto, la veridicità delle affermazioni poste a base delle opinioni possono giustificare la limitazione del pensiero. Sebbene sul piano pratico la distinzione sia alquanto complessa, solo l'opinione trova copertura costituzionale nell'art. 5 della Grundgesetz, mentre l'asserzione di un fatto in senso stretto non costituisce espressione del pensiero e se imprecisa o contraria a una verità oggettiva accettata da una determinata collettività, asurge alla categoria di manifestazione del pensiero non meritevole di tutela²². L'estensione della punibilità a una simile ipotesi di reato, dunque, circoscrive in maniera incisiva la libertà di espressione ancorandola a una verità storica ufficiale, immutabile e definitiva e alla sussistenza di un pericolo presunto in grado di determinare il sovvertimento di un ordine pubblico immateriale²³; ogni elemento idoneo a costruire la fattispecie illecita diviene, infatti, fluido e indeterminabile.

bardamenti degli alleati; gli esiti del processo di Norimberga sono del tutto dubbi poiché non si trattava di un tribunale internazionale quanto di un tribunale di vincitori che basò le sue decisioni esclusivamente su prove testimoniali e non su riscontri documentali. Sul punto si rinvia alla scrupolosa ricostruzione, con puntuali riferimenti sulla vasta bibliografia in tema di negazionismo, ad A. Di Giovine, *Il passato*, p. XIII.

²¹ La legge 28 ottobre 1994, in BGV1, I, 3186 introduce il terzo comma dell'art. 130. Quest'ultimo dispone: «È punito con la pena detentiva sino a cinque anni o con la pena pecuniaria chiunque, in modo idoneo a turbare la pace pubblica, approva, nega o minimizza pubblicamente o in un'adunanza, un'azione della specie indicata dal §220° 3°commessa sotto il dominio del nazionalsocialismo». L'interpretazione della norma è, peraltro, stata alquanto controversa. Al fine di limitare l'eccessiva espansione delle ipotesi criminose, la dottrina soprattutto tedesca, tende, ad esempio, interpretare in maniera riduttiva l'espressione "banalizzazione", cosicché non dovrebbero essere ricompresi, in tale ipotesi, i casi di contestazioni e le correzioni di fatti di dettaglio, la critica dei conteggi iniziali, la critica della valutazione delle prove nei processi. Cfr. W. Brugger, *ivi*, p. 37.

²² Il testo integrale della sentenza BVerG, 13 aprile 1994, in BVerGE 90, 274 con ampio commento di M. C. Vitucci, *Olocausto*, p. 3390.

²³ Come è stato osservato da M. Manetti, *L'incitamento*, p. 9, il legislatore tedesco ha eliminato ogni riferimento all'aggressione della dignità umana e il richiamo alla tutela dell'ordine pubblico è finalizzata alla protezione all'«avvelenamento del clima politico».

1.1. *Gli altri ordinamenti europei e il difficile bilanciamento fra libertà di espressione e tutela della dignità umana*

Gli altri ordinamenti europei si pongono in uno stadio intermedio rispetto all'eccezionalismo nordamericano e la democrazia protetta tedesca.

In Francia il *free speech* trova il suo fondamento all'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Con il decreto *Marchandeaue* del 1939 (abrogato nel 1940 e poi tornato in vigore nel 1944) erano puniti la diffamazione o l'ingiuria contro un gruppo di persone appartenenti a una determinata razza o religione se l'offesa ha come obiettivo quello di esortare all'odio i cittadini o abitanti. Lo scopo della normativa era di arginare il fenomeno della propaganda razzista attraverso il reato di diffamazione e garantire in via indiretta l'ordine pubblico attraverso la salvaguardia dell'onore e del rispetto dei gruppi etnici e religiosi²⁴. Una modifica della disciplina sanzionatoria dello *hate speech* intervenne nel 1972 che estese il reato d'ingiuria e diffamazione non solo quando avesse avuto a oggetto manifestazioni estreme circa l'origine di un gruppo di persone ma anche avendo riguardo all'appartenenza o meno a una specifica collettività etnica, religiosa, nazionale o razziale²⁵. Un punto di contatto fra la normativa d'oltralpe e quella tedesca si ha con la legge *Goysson* n. 615/1990, che introducendo l'art. 24 bis alla legge sulla libertà di stampa qualifica come delitto la contestazione dell'esistenza di crimini contro l'umanità, espressamente riconosciuti da tribunali internazionali o da una giurisdizione francese. La peculiarità di tale disciplina, è che eleva a fattispecie di reato una verità accertata dai giudici del Tribunale di Norimberga o quelli interni rispetto a un fatto storico che diventa, perciò, inconfutabile e inattaccabile²⁶. La tutela nei confronti della

²⁴ In tal modo interveniva non tanto sugli autori del messaggio quanto sulle reazioni dei destinatari configurando così un reato di pericolo astratto. La scarsa applicazione che ebbe tale legge fu dovuta al fatto che i tribunali spesso rigettavano le querele poiché non era riconosciuta legittimazione ai gruppi o perché i loro membri non erano espressamente menzionati nei messaggi offensivi. Per evitare tale inconveniente fu introdotta quindi la possibilità di un'azione pubblica a tutela dei gruppi giustificata dalla necessità di garantire l'ordine pubblico; in tale caso l'azione era poi attivabile indipendentemente dall'utilizzazione di un linguaggio usato o dalla concreta possibilità di incitare all'odio in quanto era sufficiente la semplice intenzione del suo autore diretto a quel risultato. Anche in tale ipotesi i giudici fecero un uso misurato della normativa ponendo l'attenzione più sul vaglio di pericolosità concreta dei messaggi messi sotto accusa. M. Manetti, *ivi*, pp. 6-7.

²⁵ A. Pizzorusso, *La disciplina*, pp. 10-12.

²⁶ Nel dicembre 2011 è stata approvata dall'Assemblea nazionale la *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* che sanzionava le condotte di contestazione e di minimizzazione dei genocidi modificando, in parte, la legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa. L'art. 1 aggiungeva, infatti, un articolo

diffusione di messaggi che rievocano l'ideologia nazista è rafforzata, ulteriormente, dalla previsione contenuta nell'art. 615-1 lett. R che sancisce il divieto di esposizione d'insegne ed emblemi fatta eccezione per le rappresentazioni storiche.

In Gran Bretagna esiste invece una legislazione che sanziona i reati di opinione al fine di garantire l'ordine pubblico. Il *Public Order Act* del 1986 che originariamente prevedeva un generico reato d'incitamento all'odio è stato, nel 2006 e nel 2008, emendato prevedendo una fattispecie tipica d'incitamento all'odio religioso²⁷ o fondato sull'orientamento sessuale²⁸. Nella disciplina inglese non esiste nessuna normativa analoga a quella francese o tedesca sul negazionismo²⁹.

Molto più complesso è invece il rapporto tra *freedom of speech*, discorso incitante all'odio e negazionismo nell'ordinamento spagnolo. La Costituzione iberica tutela la libertà di opinione all'art. 20, distinguendo fra la libertà di opinione propriamente detta, che non può spingersi sino a ledere la dignità della persona e la libertà d'informazione comprimibile quando le notizie diffuse non abbiano il carattere della veridicità. L'art. 18 codice penale delinea la fattispecie dell'istigazione come quel comportamento volto a incitare direttamente per mezzo della stampa, della radiodiffusione o di qualsiasi altro mezzo di efficacia simile, la pubblicità alla perpetrazione di un delitto. Al contrario, il II comma dello stesso indica l'apologia penalmente sanzionabile come quella forma di esaltazione del delitto diretta a perpetua-

^{24ter} al precedente testo, estendendo le pene a un anno la detenzione e a 45.000 euro di ammenda previste all'art. 24bis disposizione inserita, come detto, nella legge sulla stampa nel 1990 alle condotte di contestazione e di minimizzazione dell'esistenza dei crimini di genocidio, così come definiti all'art. 211-1 del codice penale e «riconosciuti come tali dalla legge francese». L'approvazione di tale legge ha scatenato numerose reazioni, in particolare da parte della Turchia, poiché unico genocidio riconosciuto al momento dell'approvazione della disposizione, era quello armeno del 1915. Tale disposizione è stata però ritenuta incostituzionale dal *Conseil constitutionnel* n. 2012-647 DC. Come è stato osservato da F. M. Benvenuto, *Sulla dichiarazione*, p. 3 la pronuncia del giudice costituzionale francese non intende mettere in discussione l'impianto complessivo della legge *Goysson* e la scelta di un «dovere di memoria» quanto l'indeterminatezza della disposizione oggetto di rinvio. Quest'ultima riferendosi genericamente ai genocidi riconosciuti dalla legge francese è palesemente contraria all'art. 6 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo. Sul punto si v. anche I. Spigno, *Ancora sulle lois mémorielles*, p. 1

²⁷ *Racial and Religious Hatred Act*, 2001, ch. 1, in <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts/2006/ukpga_2006001_en1>.

²⁸ *Criminal Justice and Immigration Act*, 2008, c. 4, sch 168°) in <http://www.opsi.gov.uk/acts/act2008/pdf/ukpgas_2008004_ec.pdf>.

²⁹ Nel 1997, anche nel Regno Unito fu proposta una legge dal governo laburista, l'*Holocaust Denial Bill*, che intendeva equiparare la negazione all'esternazione di parole o scritti minacciosi, ingiuriosi che istigano all'odio razziale ai sensi della section 18 del *Public Order Act* del 1986. Un'ulteriore proposta presentata nel 2001 non fu mai approvata.

re una fattispecie criminale. Accanto a questa ipotesi generale fu introdotto all'art. 607. 2 la punibilità del reato di negazione o giustificazione dell'Olocausto, che a differenza delle altre condotte criminose, comportava la punibilità della sola esternazione del pensiero. Il giudice costituzionale spagnolo, investito della questione nel 2007³⁰, ha operato una distinzione netta fra il mero negazionismo e il giustificazionismo. Nel primo caso, infatti, l'opinione che confuta lo sterminio degli ebrei è un'esteriorizzazione di un giudizio – che per quanto discutibile o riprovevole – è neutro e quindi non costituisce un pericolo per altri beni tutelati dall'ordinamento. Anzi in considerazione dell'inidoneità a produrre effetti immediati sul piano fattuale rappresenterebbe un *vulnus* alla libera di manifestazione del pensiero che resta valore fondante di un sistema democratico. Se la libertà di parola è, poi, anche espressione della libertà scientifica, la sua protezione ne esce rafforzata, poiché la ricerca storica è di per sé sempre dinamica e basata sul confronto, si nutre di posizioni teoriche diversificate nessuna delle quali però in grado di fissare una volta e per tutte una verità indiscutibile e certa. Diversa è l'ipotesi in cui l'espressione si traduca in una giustificazione dell'olocausto, poiché è insita nella difesa dei crimini nazisti, un incitamento all'odio, quindi, contraria a Costituzione³¹.

L'ordinamento italiano si è mosso su due direttrici differenti rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero. Da un lato durante il ventennio la limitazione del dissenso politico aveva trovato appoggio in numerose norme contenute nel codice penale vigente. La necessità di sancire una rottura con un passato illiberale si rispecchia nell'ampia formulazione dell'art. 21 che prevede un unico limite esplicito, quello de buon costume.

D'altro canto la cesura con l'esperienza storica precedente trova ulteriore conferma nell'inserimento della XII disposizione transitoria, sul divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista. Tale previsione costituirà la base costituzionale per la successiva legislazione primaria, la Legge Scerba n. 654/1952 (modificata dalla legge 152/1975, che ha introdotto ulteriori con-

³⁰ STC 235/2007.

³¹ Sull'incoerenza della distinzione effettuata dal Tribunale spagnolo si v. L. Scaffardi, *ivi*, p. 96 e più ampiamente C. Caruso, *Tra il negare*, p. 638. L'A. sostiene, condivisibilmente, che: «Quanto poi all'interpretazione adottata per far salva la condotta di giustificazione, essa non sembra dare apprezzabile materialità a una fattispecie che rischia di risultare ancorata all'empireo del moralmente inaccettabile. Il giustificazionismo che integri un incitamento indiretto alla commissione dei delitti di genocidio costituisce, infatti, un *tertium genus* rispetto alle fattispecie istigatrici e apologetiche previste dal codice penale spagnolo, costruite secondo lo schema dei reati di pericolo concreto». Evidenzia altri profili critici della sentenza J. Luther, *L'antinegazionismo*, pp. 26-31.

dotte vietate quali la propaganda razzista e le manifestazioni naziste) puniva il reato associativo ma prevedeva anche fattispecie criminose quali il reato di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste limitative della libertà di manifestazione del pensiero. Nella giurisprudenza costituzionale, più volte chiamata a verificare la compatibilità a costituzione della normativa attuativa della XII disp. con la libertà di parola, si è affermata un'interpretazione secondo la quale vi deve essere il necessario collegamento fra l'espressione incriminata e il concreto pericolo che la norma vuole evitare. Non, dunque, la semplice espressione del pensiero anche simbolica, che inneggi all'ideologia del ventennio, ma la sua propensione, in ragione del contesto e delle circostanze, a provocare adesioni e consensi e a contribuire «alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostruzione del regime fascista»³². Accanto a questo tendenziale restringimento della portata repressiva della legge Scelba la Corte Costituzionale è intervenuta per rispetto ad altre fattispecie contenute nel codice penale Rocco, quali l'istigazione e l'apologia; quest'ultima configurata, secondo un orientamento dei giudici comuni, come condotta punibile indipendentemente da un effettivo pericolo³³. Tale indirizzo interpretativo, criticato ampiamente in dottrina, è stato via corretto dalla Consulta che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 414 c. p., ha ancorato l'offensività della condotta non a una semplice manifestazione del pensiero pura e semplice quanto ad un comportamento che fosse in grado di provocare la commissione di delitti³⁴.

Un evidente sganciamento dalla logica della repressione dei reati di opinione dall'esclusiva preoccupazione di un possibile ritorno del regime fascista è senza dubbio rappresentata dalla l. 205/93, sottoposta a rimaneggiamenti nel 2006 che ha sostituito, infatti, l'originaria formulazione che preve-

³² Cfr. Corte Cost. sentenza 1/1957; Corte Cost. sentenza 15/1973; Corte Cost 74/1078 con nota critica di C. Esposito, *Osservazioni*, pp. 958-959. La giurisprudenza costituzionale sembra voler restituire uno spazio di autonomia alla propaganda fascista lasciano, dunque la giudice comune la verifica sull'idoneità delle espressioni incriminate a essere connotate dall'elemento di pericolosità. Sul punto L. Scaffardi, *ivi*, p. 172. Del resto come è stato osservato come la XII disposizione non funga da parametro giustificativo di ogni e qualsiasi espressione che istiga all'odio razziale poiché tale interpretazione risulterebbe un'indebita ampliamento della portata della medesima. Sul punto A. Pace, *Problematica*, p. 372. La normativa sulla propaganda razzista si è poi arricchita, poi di ulteriori disposizioni con la legge 962/1967 in attuazione della Convenzione internazionale per la prevenzione e del Crimine di Genocidio. Tale norma ha avuto scarsa applicazione salvo in un caso di esibizione di striscioni, inneggianti all'odio antisemita, durante una manifestazione sportiva. La Corte di Cassazione, in quell'occasione definì tale reato di pura condotta che andava sanzionato per la sua "intollerabile disumanità". Cass. Pen., sez. I, marzo 1985, n. 607.

³³ Cfr. Cass. Sez. Un., 18 novembre 1958.

³⁴ Corte Cost. sentenza 65/1979, con ampia nota di C. A. Jemolo, *Lo Stato*, pp. 957-963.

deva la punibilità non solo della commissione ma anche dell'incitamento alle commissioni di atti a scopo discriminatorio, con i termini diffusione e propaganda. Essa è, anche il primo tentativo di ampliamento dei reati di opinione fondate su un superamento della logica di conservazione dell'ordinamento e, secondo alcuni, invece, orientate alla tutela della persona umana e al principio personalista sancito dalla nostra costituzione³⁵.

L'applicazione dei giudici comuni è stata ondivaga, forse anche in considerazione del difficile compito che spetta all'interprete di delineare nozioni così ampie come la diffusione e la propaganda d'idee che inneggiano alla superiorità della razza e le condotte concrete. Sebbene non sempre coerente la giurisprudenza sembri però orientata, a riconoscere quale scopo della tutela penale in tali casi, quello di assicurare il principio di uguaglianza che implica il pieno riconoscimento e rispetto dell'identità culturale dell'individuo e del suo gruppo di appartenenza³⁶.

Non sono mancati tentativi, nel recente passato di introdurre uno specifico reato finalizzato a sanzionare il negazionismo della *Shoah*. Tuttavia le proposte di legge mai definitivamente approvate non hanno trovato però accoglienza favorevole da parte della dottrina³⁷.

2. La disciplina internazionale sul discorso incitante all'odio

Numerose norme internazionale si sono occupate del discorso incitante all'odio.

Seppur sinteticamente e senza pretesa di completezza vanno ricordate l'art. 3 lett. c) della Convenzione per la prevenzione e la repressione contro il delitto di genocidio di qualche giorno antecedente alla Dichiarazione Uni-

³⁵ Ricostruisce in tal senso la *ratio* della disciplina, individuando un limite legittimo all'art 21 nella tutela di un «diritto fondamentale» alla non discriminazione di determinati individui o gruppi così da non poter essere accettati per come sono, nel pieno riconoscimento della dignità individuale e sociale. L. Scaffardi, *ivi*, pp. 205- 206. In senso contrario A. Ambrosi, *Libertà*, pp. 526-536.

³⁶ Ex multis Cass. Sez. V, n. 38591; Cass pen., sez. V, n. 37609. Sulle oscillazioni giurisprudenziali in materia di discriminazioni razziali, si v. C. Citterio, *Discriminazione*, p. 157.

³⁷ La presentazione del ddl Mastella nel 2007 ha riaperto il dibattito sull'introduzione in Italia del reato di negazionismo. Contrari all'immissione nel nostro ordinamento di una siffatta disposizione M. Manetti, *L'incitamento*, pp. 17-19 nonché un folto gruppo di storici che hanno sottoscritto un documento Appello degli storici italiani contro il ddl Mastella, in http://www.21e33.it/pdf/commentileggi/070123appellostoriciIanti_mastella.pdf. Ritiene, invece, giustificabile la repressione penale della negazione della Shoah, A Di Giovane, *Il passato*, *ivi*, p. XXVII. Di recente vi è stata una proposta per uno specifico reato perpetrato a mezzo internet, ddl n. 54/2013.

versale dei Diritti dell'Uomo e la Convenzione Internazionale per l'Eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e il Patto internazionale sui diritti umani, le cui enunciazioni seppur generiche hanno costituito nei primi anni settanta la base giuridica, in alcuni ordinamenti, per legittimare la previsione di fattispecie criminose limitative della libertà di espressione³⁸. Maggiore importanza assume la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che, al suo art. 10, tutela la libertà di parola come elemento coesistente di una società democratica. La Corte Europea dei diritti umani ha identificato alcune forme espressive estreme che possono essere considerate contrarie alla Convenzione bilanciando però con molta attenzione le ipotesi in cui si possa parlare di un reale incitamento all'odio ovvero garantire la libertà del singolo a esprimersi liberamente anche utilizzando espressioni che possono disturbare o offendere altri³⁹. Le pronunce che hanno escluso le ipotesi di *hate speech* dalla protezione dell'art. 10 hanno però seguito due approcci differenti. Nelle decisioni relative alla violazione della Convenzione rispetto a legislazioni interne punitive del reato di negazionismo, i giudici di Strasburgo in linea con alcune tra le più significative decisioni emesse dalle corti costituzionali nazionali hanno operato una distinzione fra fatti e opinioni, precisando che la riscrittura di circostanze incontrovertibili quale lo sterminio degli ebrei rappresenta un attacco ai valori di pace e giustizia posti a base della CEDU, individuando il parametro che legittima gli Stati nazionali a introdurre forme di repressione di detti reati nell'art. 17 della Convenzione⁴⁰. Nelle altre ipotesi di *hate speech* si è assistito negli ultimi anni a un restringimento della garanzia prevista dall'art. 10 soprattutto riguardo alle espressioni inopportune utilizzate dai politici nel dibattito pubblico. Questa inversione di tendenza è giustificata dalla preoccupazione dell'impatto che tali di-

³⁸ Direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno.

³⁹ Di notevole interesse la recentissima sentenza *Vejdeland and others vs Sweden* 9 February 2012, nella quale l'ECHR ha ritenuto legittima una legge nazionale che condanni chi dichiarazioni d'incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. La libertà di espressione, tutelata dall'art. 10, incontra un limite invalicabile nel rispetto dei valori quali la tolleranza e il rispetto della reputazione e dei diritti altrui. A condizione che le pene siano proporzionate, è legittimo che gli Stati membri si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia.

⁴⁰ Si v. fra le tante *Witzsch vs Germany*, con ampi richiami alla precedente giurisprudenza e alle decisioni della Commissione sul punto. Di diverso tenore la decisione *Jerslid vs Danimarc* 298/1994, nella quale la Corte ritenne illegittima, per violazione dell'art. 10, la condanna inferta nel proprio paese di origine a un giornalista danese, che durante un'intervista a un gruppo di ragazzi razzisti non aveva in alcun modo commentato le espressioni di aperto disprezzo profferite nei confronti degli immigrati e delle diverse etnie presenti in Danimarca.

scorsi possono sortire sull'opinione pubblica, determinando un'incrinatura della sana convivenza civile⁴¹.

In ambito comunitario, invece, sono le norme in materia di repressione del razzismo e della xenofobia a essere un ulteriore elemento a comporre il variegato e multiforme contesto normativo in tema di *hate speech*. L'approccio seguito è lo sviluppo di azioni comuni in grado di evitare un'eccessiva differenziazione della legislazione in materia nei diversi stati membri. La diversificazione della punibilità dei reati a sfondo razziale favorisce infatti, il fenomeno dei cd. spostamenti strategici, che permette agli autori di tali crimini di eludere così i procedimenti penali o l'esecuzione delle pene migrando in paesi dell'Unione nei quali la disciplina è evidentemente più favorevole.

L'ultima, in ordine di tempo, decisione quadro 2008/913 Gai riprendendo l'impostazione già presente nella precedente disciplina⁴² prevede come reati sia l'istigazione pubblica alla violenza e all'odio nei confronti di gruppi o un suo membro definito in base alla razza, colore, religione, ascendenza oppure origine etnica e nazionale sia il negazionismo inteso come apologia minimizzazione o negazione grossolana dei crimini di genocidio dei crimini contro l'umanità nonché quelli elencati dall'art. 6 dello Statuto del tribunale militare di Norimberga. Tralasciando i numerosi problemi che una tale disciplina ha posto all'attenzione della dottrina costituzionalistica e penalistica sull'impatto che la panpenalizzazione del diritto comunitario ha sulle garanzie costituzionali riconosciute negli Stati membri, la decisione quadro ha previsto una serie di clausole che, attenuando la rigidità delle condotte sanzionate, riduce l'armonizzazione, consentendo ai paesi aderenti di confor-

⁴¹ Si v. *Féret vs Belgium*. La sentenza sembra riecheggiare le motivazioni della Cassazione italiana sul caso Tosi. Per un confronto sulle due pronunce si v. P. Tanzarella, *L'hate speech*, ivi., p. 160.

⁴² La predisposizione di una prima azione comunitaria nella metà degli anni 90 trovò una ferma opposizione da parte del Regno Unito e della Danimarca, in particolare per la definizione estremamente generica del reato di opinioni a sfondo razziale. La disciplina europea, infatti, sembrava voler reprimere ogni tipologia di *hate speech* indipendentemente dalla sua idoneità a produrre un sovvertimento dell'ordine pubblico ponendosi in contrasto con le normative degli stati membri che prevedono limiti evidentemente più stringenti alla punibilità delle manifestazioni estreme. Tra l'altro l'azione quadro stabiliva tra le condotte penali rilevanti anche l'apologia pubblica, a fini razzisti o xenofobi, dei crimini contro l'umanità e delle violazioni dei diritti dell'uomo e della negazione pubblica di crimini contro l'umanità definiti dall'art. 6 dello statuto del tribunale penale militare internazionale di Norimberga. In quest'ultimo caso la configurabilità dell'ipotesi di reato era subordinata alla condizione che la negazione fosse accompagnata da un comportamento sprezzante e degradante, quando cioè sia non espressione di manifestazione in sé e per sé considerata ma lesiva della dignità dei soggetti appartenenti al gruppo vittima, accogliendo così un'impostazione in palese contrasto con le legislazioni francese e austriaca.

mare la loro normativa interna ai modelli d'incriminazione già previsti nei singoli ordinamenti. Segnale questo di un'evidente resistenza dei paesi membri a cedere su materie così sensibili quali i rapporti tra *free speech* e manifestazioni estreme.

3. Hate speech e internet: inapplicabilità della disciplina offline a quella online

I problemi connessi alla compatibilità delle numerose norme in tema di *hate speech*, interne e di provenienza esterna, rispetto al quadro valoriale accolto nei singoli ordinamenti trovano un ulteriore elemento di complessità quando la diffusione delle espressioni estreme hanno luogo nella rete. L'estensione delle garanzie connesse alla libertà di manifestazione del pensiero anche per i contenuti diffusi *online* non è stata alcun modo messa in discussione nei vari ordinamenti, ma una perfetta sovrapposibilità della regolazione pensata per i tradizionali mezzi di comunicazione non è compatibile, il più delle volte, con le specificità del *network*⁴³. Non a caso le Corti Costituzionali hanno chiarito, in più occasioni, la necessità di prevedere regole specifiche che tengano appunto conto della differente e sconosciuta struttura della rete⁴⁴. I limiti di un uso acritico del principio di equivalenza fra discipline adottate per i vecchi e i nuovi *media* risulta ancor più evidente quando si ragiona dei confini alla libertà di parola. Ritornando al tema oggetto della nostra indagine l'applicazione di normative ideate in tema di *hate speech offline* agli omologhi discorsi incitanti all'odio *online*, si sono mostrate prive di effettività sul piano concreto.

Gli ordinamenti che connettono, per esempio, la sanzionabilità del discorso incitante all'odio al sovvertimento della pace sociale si trovano di

⁴³ In Italia si è discusso sull'introduzione di un apposito articolo che sancisca espressamente il diritto di accesso a Internet- si v. ad es. il disegno di legge costituzionale A.S. n. 2485 XIV Leg.: Introduzione dell'art. 21 bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso in Internet, assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali l'1/2/2011 nonché il disegno di legge costituzionale A.S. n. 2922, XVI Leg. M. Favorevoli all'inserimento di una disposizione *ad hoc* nella Carta Costituzionale S. Rodotà, *Un articolo*, p. 1; G. Azzariti, *Internet*, pp. 374-375. Sostiene l'inutilità della modifica e propende per un'interpretazione adeguatrice dell'art. 21 nella sua formulazione originaria G. De Minico, *Diritti*, pp. 20-21 che sottolinea come la riforma, oltre che pericolosa sarebbe inefficace, in quanto del tutto insufficiente a fronteggiare le incessanti e imprevedibili trasformazioni tecnologiche.

⁴⁴ Si v. *Reno v. ACLU*.

fronte all'impossibilità di punire le fattispecie illecite. L'espressione trasmessa *online* per quanto minacciosa e/o oltraggiosa difficilmente potrà sul piano fattuale tradursi in un pericolo presente e immediato. Anzi come alcuni autori notano l'intento degli *hate speakers* non è quello di produrre un rapido esito di sovvertimento dell'ordine pubblico ma di disseminare le proprie idee in una prospettiva futura e creare, nel mondo virtuale, quella rete di contatti difficilmente realizzabile nella vita reale⁴⁵. Inoltre da un punto di vista strettamente tecnico internet favorisce l'anonimato, la possibilità di creare false, inesistenti o multiple identità così che anche la semplice identificabilità dell'autore del reato diviene oltremodo complicato⁴⁶.

Un secondo elemento di criticità risiede nell'indefinita permanenza del contenuto odioso sul *web*⁴⁷ poiché l'eventuale rimozione dell'espressione estrema può avvenire solo grazie all'intervento di soggetti terzi. E qui entra in gioco la complessa architettura d'internet. La trasmissione dei contenuti è, infatti, il frutto dell'attività di vari attori: l'*access provider* che è colui il quale occupa parte dello spazio di trasmissione e consente all'utilizzatore finale di connettersi al *network*, gli *internet service provider* (d'ora innanzi ISPs) che forniscono i contenuti all'utente telematico e l'utilizzatore finale. La struttura articolata, in precedenza descritta, rende il cyberspazio a – territoriale per definizione poiché vi può essere una sostanziale dissociazione fra il luogo in cui contenuto illegale viene prodotto e il territorio in cui avviene la sua trasmissione. Tale separazione conduce l'autore dell'illecito a scegliere, per aprire un sito che veicola messaggi offensivi, un ordinamento nel quale la disciplina sul divieto di manifestazioni estreme sia meno restrittiva, rendendo, così praticamente irrealizzabile il blocco del contenuto illegale da parte dell'autorità di altro paese, in cui la diffusione dell'espressione odiosa sia punita.

Per comprendere appieno le conseguenze che l'a-territorialità d'internet produce, occorrerà ricordare l'oramai noto caso *Lycra c/ Yahoo*. In tale occasione un giudice francese aveva condannato il sito americano per aver

⁴⁵ Sul punto A. Guinchard, *Hate*, p. 23.

⁴⁶ Il problema dell'anonimato in internet è da molti considerato un falso problema poiché, in realtà, sarebbe sempre possibile risalire all'autore del messaggio in rete attraverso l'identificazione dell'indirizzo IP. Tuttavia l'evoluzione tecnologica consente oggi di aggirare l'ostacolo della rintracciabilità dell'autore del messaggio diffuso sul *network* attraverso l'utilizzazione di numerosi software che consentono di criptare l'identità informatica del soggetto che agisce sul *web*. Sul punto A. Papa, *Espressioni*, p. 238; M. Betzu, *Anonimato*, pp. 9-11. Nella dottrina straniera si v. D. Cucereanu, *Aspects*, p. 184.

⁴⁷ D. Cucereanu, *ivi*, p. 192.

consentito la commercializzazione di parafernalia in Francia, vendita vietata, come visto, ai sensi dell'art. 651 – R del codice penale. I ricorrenti, chiesta l'esecuzione della detta sentenza, alla Corte Distrettuale della California, dove appunto il motore di ricerca ha la propria sede, si sono visti negare l'applicazione della sanzione, l'oscuramento limitatamente al territorio nazionale del sito, poiché la misura imposta era contraria al Primo Emendamento⁴⁸. Un tentativo di creare una disciplina uniforme e una cooperazione più ampia fra gli Stati per combattere le espressioni estreme in rete è rappresentato dall'approvazione del Consiglio di Europa della Convenzione sul *Cybercrime*⁴⁹. Tuttavia la mancata sottoscrizione del protocollo addizionale sull'*hate speech* da parte degli Stati Uniti per contrarietà al *First Amendment*, ha in pratica vanificato l'intento armonizzatore, sebbene debole, della disciplina internazionale⁵⁰.

⁴⁸ Per un ampio commento si v. P. Costanzo, *La magistratura*, pp. 223-230; J. Bank, *Regulating*, pp. 235-236.

⁴⁹ La Convenzione, dopo numerosi rinvii e momenti d'*impasse*, è stata firmata a Budapest 23 novembre 2001 anche dagli Stati Uniti, paese non membro del Consiglio d'Europa, è entrata in vigore il primo luglio 2004.

⁵⁰ Il Protocollo Addizionale, sottoscritto il 28 gennaio 2003 a Strasburgo ed entrato in vigore il primo marzo 2006, contiene cinque diverse ipotesi di criminalizzazione della condotta di diffusione a mezzo computer di materiale razzista o xenofobo: a) gli stati possono considerare i penalmente responsabile chiunque distribuisca o renda altrimenti disponibile materiale razzista e xenofobo al pubblico attraverso l'uso di un computer. È fatta salva la possibilità di non considerare la condotta criminale se essa non sia associata a odio o violenza qualora altri rimedi civili o amministrativi siano previsti dall'ordinamento. È inoltre prevista la possibilità di non applicare la previsione qualora il materiale diffuso sia puramente discriminatorio e non associato a odio o violenza purché il paese non punisca il pensiero puramente discriminatorio così come stabilito dai principi del suo sistema legale. Si noti che nel concetto diffusione la pubblico non rientrano lo scambio di materiali nelle chat room o il «postaggio» di materiali nei *newsgroups*, poiché, in tali casi potrebbe essere richiesta una password di accesso; b) è considerato crimine, poi, ogni atto diretto a minacciare una persona o gruppi di persone attraverso un computer semplicemente in ragione della razza, delle origini nazionali o della religione. In tale ipotesi gli stati non hanno il diritto di riserva presente in altre disposizioni del protocollo. pertanto non è prevista la facoltà di rinuncia a questa previsione. c) il protocollo richiede altresì che le parti contraenti considerino crimine l'atto di insultare pubblicamente a mezzo computer una persona in ragione della razza delle origini; d) gli stati devono inoltre, prevedere nelle proprie legislazioni che è considerato crimine la distribuzione o il rendere disponibile materiale diffuso attraverso internet che nega, minimizza grossolanamente approva o giustifica atti che costituiscono genocidio o crimini contro l'umanità. tale previsione include non solo l'olocausto ma ogni genocidio o crimine contro l'umanità così come stabiliti da tribunali internazionali. E' prevista, tuttavia la possibilità di non applicare, in tutto o in parte, tale previsione del protocollo; e) infine è richiesto alle parti contraenti di criminalizzare anche le ipotesi di favoreggiamento e complicità nel compimento di ogni condotta incriminata sancita dal protocollo. E', infine, richiesta una maggiore collaborazione fra gli Stati firmatari per garantire l'estradizione di coloro che si rendano responsabili di crimini d'incitamento all'odio a mezzo internet. Sull'importanza del Protocollo Addizionale ma sulla sua scarsa efficacia in ragione delle numerose disposizioni che consentono agli Stati la non applicazione di esse cfr. C. D. Van Blaricum, *Internet*, pp. 792-795; A. Saccucci, *Razzismo*, p. 257.

4. *Gli Internet Service Providers: i nuovi protagonisti della lotta al discorso incitante all'odio*

Il problema della repressione delle espressioni incitanti all'odio in internet, dunque, è ritornato a essere una questione da risolvere a livello nazionale attraverso forme di coinvolgimento dei fornitori di servizi che operino sul territorio. Questi ultimi, infatti, sono gli unici in grado, con l'utilizzazione di particolari strumenti tecnici, a poter ispezionare e selezionare i contenuti ricevuti, conservare la cronologia delle pagine *web*, e quindi di inibire l'accesso ai siti illegali.

La collaborazione degli *Internet Service Providers* (d'ora innanzi ISPs) alla repressione dei crimini informatici, tra cui vi rientra anche la comunicazione dell'*hate speech*, implica tre diversi profili problematici che sono indissolubilmente connessi: il momento nel quale il *service provider* può intervenire, la fonte regolatoria che legittima la sua azione, il meccanismo tecnico utilizzato per bloccare il sito illegale. Anche per quanto attiene al ruolo che gli ISPs possono svolgere nel controllo dei siti contenenti manifestazioni del pensiero estreme, si assiste a una diversità di approccio fra il modello seguito negli USA e quello europeo.

Il *Communication Decency Act*, la legge statunitense sulla regolazione dei contenuti illeciti in internet, esclude espressamente la responsabilità dei fornitori di servizi⁵¹, esonerandoli indirettamente, così, da qualsiasi indagine preventiva sulle informazioni veicolati in rete. La preoccupazione del decisore politico, soprattutto nella prima fase di sviluppo del *web* è stata duplice. Da un lato un monitoraggio continuo dell'enorme flusso di dati che transitano ogni giorno su internet richiederebbe spese consistenti ai *service provider*. Questi ultimi potrebbero essere indotti a scaricare i costi aggiuntivi sia sulle imprese produttrici di contenuti sia sugli utenti finali, comprimendo così le grandi potenzialità della rete e rendendola in sostanza accessibile a pochi. Dall'altro una verifica ininterrotta sulle informazioni da parte degli ISPs avrebbe comportato un'evidente violazione del diritto alla *privacy*. La conoscenza di quanto è trasmesso dagli utenti in via preventiva darebbe la possibilità, poi, di inibire la diffusione di un dato eventualmente ritenuto il-

⁵¹ Ci si riferisce Section 230, *Communications Decency Act 1996* che sancisce espressamente: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider».

legale, attribuendo così a soggetti privati il potere di intervenire sui contenuti trasmessi in via anticipata e senza alcuna garanzia per i cibernauti.

In tal modo s'impedisce un controllo preliminare e indiscriminato da parte degli ISP, ma non si risolve la questione di una possibile ingerenza successiva sugli utenti del *network*; intromissione che potrebbe comunque tradursi in un'indebita limitazione della libertà di pensiero.

Riguardo alla diffusione dell'*hate speech* negli Stati Uniti – fedeli a un'impostazione che, come detto, nega ogni forma d'intervento pubblico nella limitazione al *free speech* – si stanno affermando, però, forme di *self regulation* che lasciano ampio margine agli ISP di introdurre nei propri *Terms of contract* il divieto di divulgare via internet idee razziste, xenofobe o comunque incitanti all'odio. Si tratta di uno schema di autoregolazione atipica in quanto essa non deriva da codici di condotta consensualmente accettati da tutti i *provider* che operano nel territorio, ma da clausole liberamente inserite dai singoli ISP nei contratti con l'utilizzatore. In questi casi la possibilità di impedire la comunicazione del contenuto illecito può essere dettata sia da una scelta «etica» dell'impresa, ma anche da ragioni di natura economica che possono indurre, di volta in volta, il *service provider* a ritenere conveniente praticare una politica aziendale pro o contro la diffusione delle espressioni offensive⁵². Gli strumenti tecnici prevalentemente usati dai fornitori dei servizi nordamericani per bloccare i siti che propagandano messaggi offensivi sono fondamentalmente due. Una prima opzione è che l'ISP introduca appositi apparati di selezione. Questi ultimi, attraverso un procedimento di riconoscimento automatico delle parole ritenute vietate, impediscono all'utente di accedere a tutti i siti che contengono le espressioni individuate dal sistema di filtraggio. In questo caso il meccanismo che arresta la visualizzazione *online* è basato esclusivamente sulla presenza di parole considerate estreme, le quali sono valutate in sé e per sé, senza alcun esame del contesto in cui esse sono inserite. Ovviamente il rischio è che possano essere oscurati siti che non contengono *hate speech* e che i termini individuati dal sistema abbiano invece significato diverso e comunque lecito se lette all'interno del discorso complessivo⁵³. In altre ipotesi è lo stesso intermedia-

⁵² A. Papa, *ivi*, p. 245. Nella dottrina nordamericana J.S. Henry, *ivi*, p. 247.

⁵³ Il meccanismo tecnico utilizzato è quello del cd. *proxy*, con il quale è appunto possibile filtrare le pagine *Web* in transito, bloccando quelle il cui contenuto è ritenuto vietato. Sottolinea in modo efficace il rischio dell'utilizzazione di strumenti di censura privata generalizzata S. F. Kreimer, *Censorship*, pp. 27-28: «First even if the ultimate target is an entirely legitimate one, and the proxy censor attempts to block only speech unprotected by constitutional

rio che effettua un controllo sul contenuto della singola pagina *web* e a decidere se esso è illegale, bloccando l'accesso agli utenti: attività che è posta in essere senza alcun parametro normativo di riferimento, sulla base cioè della sola "sensibilità" del fornitore di servizi.

Lo strumento autoregolativo prescelto negli Stati Uniti è senz'altro più foriero di problemi che soluzioni. L'applicazione non uniforme del divieto da parte degli intermediari determina come effetto finale la possibilità, per l'autore dell'illecito, di spostare il sito da un fornitore all'altro⁵⁴. D'altro canto i *services providers*, a prescindere dal meccanismo tecnico utilizzato, quando stabiliscono di bloccare la visibilità di un contenuto agli internauti si assumono il ruolo di censori privati essendo rimessa esclusivamente a loro la scelta del se, del quando e dell'estensione dell'oscuramento⁵⁵.

La direttiva E-commerce che disciplina a livello comunitario il commercio elettronico, ha previsto una regolamentazione più analitica della responsabilità degli *internet service providers* distinguendo fra i fornitori di servizi che si occupano esclusivamente di veicolare i contenuti, i *mere conduit*; quelli che invece memorizzano temporaneamente i dati che transitano sul *network* i cd. *catching providers* e, infine, gli *hosting providers* la cui attività consiste nella memorizzazione d'informazioni fornite da un destinatario dei servizi. Per i primi vi è un sostanziale esonero di colpevolezza per le informazioni, anche illecite, veicolate sul *web* dagli utenti informatici, per gli altri due la responsabilità può scattare qualora venuti a conoscenza

immunity, there is always danger of error. An ISP or search engine may mistake a family photo album for child pornography, an AIDS prevention site for obscenity, a political commentary for a "true threat", or a parody for a copyright violation. A system of informal private monitors encouraged by the government provides none of the due process guarantees that preserve accuracy in the public sector, and the dominant incentive of intermediaries is to protect themselves from sanctions, rather than to protect the target from censorship. Nor is there any warrant of proportionality. Unlike an official determination, which assesses damages or penalties tailored to the prospect of public harm, censorship by proxy is an unavoidably blunt instrument. Private censorship takes place at low levels of visibility. It is neither coordinated nor reviewed. Often, neither speakers nor listeners will know that the message has not been conveyed, and there is no way to determine how dialogue has been deformed». Favorevole, invece, all'intervento degli intermediari quali «tutori» della legalità in internet D. Keats Citron- H. Norton, *Intermediaries*, pp. 1436 - 1486.

⁵⁴ J. S. Henry, *ibidem*.

⁵⁵ Si veda il caso del sito *American Online*, che sulla base propri *terms of contract*, nei quali è espressamente vietato l'uso di *hate speech*, ha provveduto a rimuovere, senza alcun preavviso, il sito neo nazista *The Nazionalist Observer*. È inoltre interessante per comprendere esattamente l'ampia portata del ruolo che gli ISPs si riservano nell'operare quale censori privati, leggere i TSO di *my Space* nei quali è espressamente previsto il diritto: «to remove your profile and /or deny, restrict, suspend or terminate your access to all or any part of the My Space Services if myspace determines, in its sole discretion, that you have violated this agreement» (corsivo di chi scrive).

dell'esistenza di un contenuto illecito non abbiano prontamente rimosso l'informazione o disabilitato l'accesso (*notice and takedown*). In tutte e tre le ipotesi gli intermediari sono soggetti a un dovere di informazione alle autorità competenti. Nel caso in cui siano a conoscenza di eventuali contenuti illeciti trasmessi hanno poi l'obbligo di rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso qualora sia intervenuto un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Il mancato adempimento all'ordine determina la responsabilità civile degli intermediari. L'art 17, però, dispone espressamente che non è assoggettato a un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né a un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Va considerato, poi, un ulteriore profilo. Un sito internet non è nient'altro che un contenitore di una molteplicità di servizi estremamente diversificati tra loro e con caratteristiche del tutto differenti le une dalle altre. *Blog, newsletters, chat rooms, forum* rappresentano multiformi possibilità in cui i singoli utenti possono veicolare dati sul *web*. La disciplina comunitaria, in ragione della sua formulazione piuttosto elastica e ambigua, consente agli Stati un'ampia discrezionalità se imporre la rimozione dell'informazione. Tale processo può essere finalizzato alla selezione e oscuramento della pagina *online* – più rispettoso della libertà di manifestazione del pensiero – ovvero alla disabilitazione all'accesso, espressione di non facile lettura, potendo quest'ultima intendersi o come blocco alla singola notizia (sicuramente meno invasiva) sia come interdizione alla totalità sito che determina la mancata visualizzazione anche di contenuti leciti.

L'indeterminatezza della Direttiva Europea ha perciò favorito la tendenza dei paesi membri a scegliere la via più drastica quella di chiusura dell'intero sito per impedire la diffusione di *hate speechs* come accade, dal 2002 nel distretto amministrativo di Dusseldorf, ha emesso numerosissime ordinanze contro ISPs della Renania Westfalia. In Italia il D. L. vo 70/2003 ha previsto la possibilità di un intervento, in via d'urgenza, per impedire o porre fine all'attività illegale. La presenza di tale disposizione non ha, però, impedito l'allarmante proliferazione di pagine *online* contenenti discorsi incitanti all'odio. Nel nostro paese, la presenza di una riserva di giurisdizione impone un provvedimento del magistrato per la censura integrale di un sito solo qualora il dominio del sito sia italiano. Dal 2010, è l'Ufficio nazionale antidiscriminazione (UNAR) che effettua la segnalazione dell'eventuale presenza di *website* incitanti all'odio alle autorità competenti.

L'aumento esponenziale negli ultimi anni di controversie che vedono coinvolti i fornitori di servizi ha poi favorito, anche nel vecchio continente,

la prassi secondo cui gli ISPs rimuovano, in maniera autonoma, le pagine in rete includenti manifestazioni estreme per prevenire l'eventuale responsabilità prevista dalla disciplina comunitaria.

5. Conclusioni

L'avvento d'internet ha, dunque, prodotto il sorgere di nuovi problemi connessi alla specificità del mezzo accanto alle tematiche classiche sulla determinazione dei confini alla libertà di manifestazione del pensiero. In assenza, almeno nell'immediato, di un regolamento globale del *web* e l'evidente fallimento di discipline tendenti ad armonizzare sia a livello internazionale sia sovranazionale, i differenti approcci normativi rispetto allo *hate speech* l'indagine sin qui condotta mette in luce quali le odierne criticità che la rete ha prodotto rispetto al tema delle manifestazioni estreme.

In primo luogo un prima riflessione dovrebbe riguardare la configurazione della condotta punibile, non più ancorabile ai presupposti del solo *clear e present danger*, poiché come detto, gli autori dei messaggi estremi sul *network* hanno come scopo finale creare un *humus*, i cui effetti sebbene non immediati, favoriscano un clima di sopraffazione e sospetto nei confronti di alcune categorie di soggetti. Rimane ovviamente aperto il delicato tema del negazionismo come fonte di responsabilità penale. Fermo restando che è difficile non aderire a quelle critiche che vedono nella configurabilità di tal reato un'eccessiva compressione della libertà di espressione, non si può contestare che l'avvento d'internet ha portato a una proliferazione gigantesca di siti che sostengono la bugia di Auschwitz e un sempre meno strisciante antisemitismo.

La sola repressione penale, data la caratteristica del mezzo e l'impossibilità concreta di impedire la comparsa di pagine *online* d'ispirazione chiaramente antisemita, soprattutto grazie alla tutela che tali siti trovano negli Stati Uniti, non è però sufficiente. La proposta di molte associazioni attive nel campo è di prevedere l'inserimento di avvisi che consentono all'utente la connessione a *link* di Organizzazioni attive nel campo come dell'*Anti Defamation League*, provvedendo a fornire agli utenti una sorta di controinformazione ristabilendo, così, un contraddittorio virtuale idoneo contrappeso alle notizie trasmesse dai siti con contenuti anti ebraici.

Esiste, poi, un ulteriore problema di cui devono farsi carico i legislatori nazionali, soprattutto europei. Se un eccesso di regolazione può essere pericolosa per internet perché ne limita fortemente le sue potenzialità di stru-

mento di partecipazione, di arena pubblica di un dibattito libero e aperto, un'assenza totale o una normativa ambigua, come quella che trae origine dalla disciplina comunitaria, potrebbe essere ben più rischiosa, perché consente, come nei fatti sta accadendo, che la censura da pubblica diventi privata ledendo la libertà di manifestazione del pensiero.

La previsione di una disciplina *ad hoc* e chiara rispetto al ruolo dei *service providers* nel caso di diffusione di discorsi a contenuto estremo sarebbe auspicabile. Soprattutto dovrebbe essere prevista, in tale ipotesi una responsabilità che sia esclusivamente successiva a un accertamento, seppur sommario, dell'esistenza di un contenuto incitante all'odio effettuato da un'autorità terza e imparziale e connessa all'inadempimento del *service provider* all'obbligo di rimozione del sito incriminato. Infine dovrebbe poi essere meglio chiariti i poteri di intervento dei giudici e delle autorità amministrative individuando quali misure siano effettivamente compatibili con la libertà di parola.

Bibliografia

- A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazioni di idee razziste e xenofobe*, in «Quaderni Costituzionali», 3, 2008, pp. 519-544.
- G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in «Politica del diritto», 3, 2011, pp. 367-378.
- J. Bank, *Regulating hate speech online*, in «International Review of Law, Computers & Technology», 24, 3, November 2010, pp. 233-239.
- F. M. Benvenuto, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, in «<http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/-/1350>», 2012, pp. 1-3.
- M. Betzu, *Anonimato e responsabilità in internet*, in «<http://www.costituzionalismo.it>», 2/2011, pp. 1-25.
- D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Franco Angeli, Milano, 2012.
- L. Bollinger, *La società tollerante*, 1986, ed it., Il Mulino, Milano, 1992, pp. XII- 280.
- W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech (part II)*, in «German Law Journal», 2003, p 1-44.
- A. Burgio, *L'invenzione delle razze. Saggio su nazismo e revisionismo storico*, Roma, 1988, p 1-210.
- G. E. Carmi, *Dignity versus Liberty: the two western culture of free speech*, in <http://ssr.com/abstract=1246700>, pp. 1-98.
- C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, in «Quaderni Costituzionali», 2008, pp. 635-640.
- C. Citterio, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in a cura di S. Riondato, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 147-157.
- D. Cucereanu, *Aspects of regulating freedom of expression on internet*, Intersentia, Antrwerper-Oxford-Portland, 2008.

- P. Costanzo, *La magistratura sfida internet. A margine di un caso francese ma non solo*, in «Diritto dell'informatica e dell'informazione», 2001, pp. 223-230.
- G. De Minico, *Diritti Regole internet*, in <<http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=393>>, pp. 1-30.
- R. Delgado, *Words that wound : a tort action for racial insults, epithets and name calling*, a cura di M. M. J. Matsuda - C. R. Lawrence - R. Delgado - K. Williams Crenshaw, *Words that wound: critical racial, assaultive speech and the First Amendment*, Boulder Westview, 1993, pp. 80-100.
- A. Di Giovine, *Il passato che non passa: Eichmann di "carta" e repressione penale*, in «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 2006, pp. XIII - XXX.
- A. Dworkin, *Pornography is a civil rights issue for women*, in «21 U. Mich. J. L. Reform», 1987-1988, pp. 123-135.
- C. Esposito, *Osservazioni a Corte Costituzionale*, sent. 6 dicembre 1958 n. 74, in *Giur. Cost.*, 1958, pp. 958-959
- M. E. Gale, *Reimagining the First Amendment: Racist speech and Equal Liberty*, in «St. John's Law Review», 65, 1991, pp. 119-185.
- A. Guinchard, *Hate crime in cyberspace: the challenges of substantive criminal law*, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1375589>, pp. 1-33.
- J. S. Henry, *Beyond free speech: novel approach to hate on the internet in the United States*, in «Information & Communications Technology Law», 18, 2, June 2009, pp. 235-251.
- D. Keats Citron- H. Norton, *Intermediaries and hate speech: fostering digital citizenship for our INFORMATION age*, in «Boston University Law Review», 2011, pp. 1435-1484.
- C. A. Jemolo, *Lo stato può difendersi*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1970, pp. 957-967.
- F. Kreimer, *Censorship by proxy: the First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of Weakest Link First*, in <http://lsr.nellco.org/unpenn_wps/133, 2006>, pp. 11-101.
- J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, Working paper 121, June 2008, in <<http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther121.pdf>>, pp. 26-31.
- C. A. Mackinnon, *Not a moral issue*, in «Yale Law and Policy Review», 1984, 2, pp. 321-345.

- M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf>.
- A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992.
- A. Papa, *Espressioni e diffusione del pensiero in internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009.
- S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in «Quaderni Costituzionali», 4, 2013, pp. 879-904.
- A. Pizzorusso, *La disciplina costituzionale dell'istigazione all'odio*, XVI Congresso dell'accademia internazionale di diritto comparato Brisbane, 14-20 Luglio 2002, in <<http://www.scribd.com/doc/63567409/Brisbanepizzorusso>>, pp. 1-28.
- R. Post, *The Racist Speech*, a cura di R. Post., *Constitutional domains*, Cambridge-London, 1995, pp. 1-480.
- S. Rodotà, *Un articolo 21 bis per Internet*, in <<http://archivi.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet-html>>, p. 1.
- M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional jurisprudence: A Comparative Analysis*, in «Cardozo Law Review», 2003, pp. 1523-1568.
- J.E. Rothman, *Freedom of Speech and True Threats*, in «Harvard Journal of Law & Public Policy», Vol. 25, No. 1, Fall 2001, pp. 283-367.
- A. Saccucci, *Razzismo, xenofobia e sistemi informatici*, in «Diritto penale e processuale», 2/2003, pp. 257-267.
- L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009.
- E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teoria e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008.
- E. Stardella, *Odio razziale e libera manifestazione del pensiero negli Stati Uniti*, in a cura di D. Tega, *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, pp. 118-130.
- I. Spigno, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola del Conseil constitutionnel sull'antinegazionismo*, in <<http://www.diritticomparati.it/2012/03/ancora-sulle-lois-memorielles-la-parola-del-conseil-constitutionnel-sullantinegazionismo.html>>, 2013, p. 1.
- A. Tsesis, *Dignity and hate Speech: regulation of hate speech in a democracy*, in <<http://ssrn.com/abstract=1402908>>, pp. 1-36.
- C. D. Van Barium, *Internet hate speech: the European framework and the emerging American heaven*, in «Washington & Lee Law Review», 781, 2005, pp. 792-795.
- P. Vidal Naquet, *Gli assassini della memoria*, trad it., Viella, Roma, 2008.

M. C. Vitucci, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1994, pp. 3382-3390.

Giurisprudenza straniera e italiana

Sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti

Shenck v. Unites States 249 U. S. 47 (1919), in <<http://laws.findlaw.com/us/249/47.html>>.

Abraham v. United States, 250 U. S. 616. (1919), in <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>.

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568 (1942), in <<http://laws.findlaw.com/us/315/568.html>>.

Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250, 251 (1952), <<http://laws.findlaw.com/us/342/250.html>>.

Roth v. United States 354 U. S. 476 (1957), in <<http://laws.findlaw.com/us/354/476.html>>.

Reno v. ACLU, 521 U. S. 844 (1997), in <<http://laws.findlaw.com/us/000/96-511.html>>.

United States v. Watts, 394 U. S 705 (1969), in <<http://laws.findlaw.com/us/394/705.html>>.

Miller v. California, 413 U. S. 15, 23 (1973) in <<http://laws.findlaw.com/us/413/15.html>>.

Hamling v. United States, 418 U. S. 87, 105 (1974) in <<http://laws.findlaw.com/us/418/87.html>>.

Smith v Collin, 432 U. S 43, in <<http://laws.findlaw.com/us/432/43.html>>.

R. A. V. v. City of St. Paul 505 U. S. 377 (1992), reperibile in <<http://laws.findlaw.com/us/505/377.html>>.

Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U. S. (2011), in <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/08-1448.pdf>>.

Tribunale Costituzionale Tedesco

Tucholsky, BverfG E 93, 266 I, 304.

BVerG, 13 aprile 1994, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1994, pp. 3379-3390.

Tribunale Costituzionale Spagnolo

STC 235/2007 del 7 novembre 2007, in <<http://www.tribunalconstitucional.es/ES/JURISPRUDENCIA/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9396>>.

Sentenze Corte Europea Dei Diritti dell'Uomo

Féret vs Belgium, 15615/07, 16 July 2009, in <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=852535&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>

Witzsch vs Germany, 7485/03, 13 December 2005, in <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00172786#{"itemid":\["001-72786"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00172786#{)>.

Vejdeland and others vs Sweden, 9 February 2012, in <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=900340&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA39864>>.

Corte Costituzionale Italiana

Corte Cost. sentenza 1/1957, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/1957/0001s-57.html>>.

Corte Cost. sentenza 15/1973, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0015s-73.html>>.

Corte Cost. sentenza 65/1979, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/1979/0065s-79.html>>.

Cassazione penale

Cass. Pen., sez I, marzo 1985, n. 607, in «Giurisprudenza Costituzionale 1986», II, pp. 77- 90

Sez. Un., 18 novembre 1958, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, pp. 38- 50.

Cass pen., sez. V, 11 luglio 2006 n. 37609.

Cass. pen., sez., 23 settembre 2008, n. 38591.

Documentazione internazionale ed europea

Annual report on Ecri's activities, CRI (2011) 36, a cura dell' ECRI Secretariat Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe, Strasbourg, June 2011, in <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activitiesAnnual_Reports/Annual%20Report%202010.pdf>.

Convenzione sul Cybercrime, Budapest 23 novembre 2001, in <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/PDF/Italian/185-Italian.pdf>>.

Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 8 giugno 2000 in «G. U. C. E., 17-07-2000, L 178/1».

Decisione quadro 2008/913 Gai.

Legislazione straniera

Racial and Religious Hatred Act, 2001, ch. 1, in <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_2006001_en1>.

Criminal Justice and Immigration Act, 2008, c. 4, ch 168°), in <http://www.opsi.gov.uk/acts/act2008/pdf/ukpgas_2008004_ec.pdf>.

Legge 28 ottobre 1994, in BGV1, I, 3186.

Communications Decency Act 1996, in <http://www.princeton.edu/.../Communications_Decency>.



Gli studi raccolti in questo volume costituiscono il primo 'Quaderno' della nuova Collana di pubblicazioni della Scuola di Scienze Umane e Sociali dell'Ateneo fridericiano, promossa con l'intendimento di facilitare il confronto e il dialogo tra studiosi di varia provenienza, di sollecitare indagini trasversali e interdisciplinari sia su argomenti lontani nel tempo sia su temi di grande attualità che sono parte del nostro vissuto quotidiano. Il volume rappresenta una felice sintesi tra passato e presente, come è prerogativa delle ricerche appartenenti alla cultura umanistica, che ha a oggetto lo studio dell'esperienza umana considerata nella sua globalità.

